

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA

Dottorato di ricerca in Diritto Penale
(nell'ambito della Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
"La cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni")
Ciclo XXVI

TESI DI DOTTORATO

Migrazioni e clandestinità fra tutela della
sicurezza pubblica e diritto penale simbolico.
Quel che resta del c.d. reato di clandestinità

Relatore:
Chiar.mo Prof. Luigi Foffani

Candidata:
Valentina Carpanzano

Direttore della Scuola di dottorato:
Chiar.mo Prof. Aljs Vignudelli

A mio padre.

Indice

NOTE INTRODUTTIVE

1. Premessa	3
2. Società del rischio e modello securitario.....	5
3. La “ <i>problematicità</i> ” del diritto penale e la sua tendenza espansionistica.....	8
4. Un binomio costante: politiche di sicurezza e immigrazione	12
5. Disciplina dell’immigrazione come possibile modello di diritto penale differenziato	15
6. Piano di lavoro e brevi considerazioni di metodo.....	17

CAPITOLO I

LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO

1. Le fonti: un sistema c.d. multi-livello.....	23
2. La Costituzione e il ruolo della Corte costituzionale	24
3. Il contesto sovranazionale	30
3.1 Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale. Cenni	30
3.2 Il trattamento dello straniero nel diritto dell’Unione Europea.....	36
3.2.1 In particolare, la Direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare).....	40
4. L’evoluzione della legislazione italiana in materia di immigrazione. Cenni	44
5. Dal diritto penale del fatto al diritto penale d’autore: un mutamento di paradigma del diritto penale?.....	57

CAPITOLO II
LA CRIMINALIZZAZIONE DELL'IMMIGRATO
COME AUTORE DI REATI

1. Una scelta di campo: la criminalizzazione dello <i>status</i> di immigrato irregolare	63
2. L'immigrazione nella prospettiva sociologica: la palingenesi dell'insicurezza	70
2.1 In particolare: la paura che fa paura e il ruolo, spesso simbolico, del diritto penale.....	76
2.2 Il progressivo riemergere del punitivismo	81
3. Vecchie e nuove tipologie di diritto punitivo	84
3.1 Il diritto penale del nemico ed il diritto penale di lotta	85
3.2 Il diritto penale dell'esclusione ed il diritto penale dell'indebolimento.....	90
4. Dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione	92

CAPITOLO III
LA CONTRAVVENZIONE
DI IMMIGRAZIONE ILLEGALE

1. Premessa	101
2. L' <i>iter</i> parlamentare: un andamento decrescente.....	105
3. La finalità dell'incriminazione	107
3.1 Il bene giuridico tutelato	107
3.2 La finalità della norma e la direttiva comunitaria sui rimpatri	111
4. Il soggetto attivo	116
5. Le condotte incriminate.....	117
5.1 L'ingresso illegale	119
5.2 Il soggiorno illegale	121
6. L'elemento soggettivo.....	125

7. La mancata previsione della clausola del “ <i>giustificato motivo</i> ”.....	128
8. Limiti alla rilevanza penale delle condotte incriminate.....	131
9. Rapporti con altre norme incriminatrici.....	134
10. Disciplina sanzionatoria e processuale.....	136
10.1 Premessa.....	136
10.2 La sanzione.....	137
10.3 L’espulsione come sanzione sostitutiva.....	140
10.4 L’esclusione del <i>nulla osta</i> all’espulsione.....	143
10.5 La sentenza di non luogo a procedere.....	144
10.6 Cenni sull’atipicità del procedimento penale nei confronti dello straniero.....	145
10.6.1 Premessa.....	145
10.6.2 La competenza.....	146
10.6.3 Il procedimento di cui agli artt. 20 <i>bis</i> e 20 <i>ter</i> del decreto legislativo n. 274/2000.....	147
10.6.4 La causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto.....	153
11. Critiche alla norma e conclusioni parziali.....	154
12. Postilla: le novità introdotte in materia amministrativa. Cenni.....	160

CAPITOLO IV

COMPATIBILITA’ DELL’ART. 10 *BIS* D. LGS. 286/1998

RISPETTO ALLA CARTA COSTITUZIONALE

1. La giurisprudenza costituzionale su questioni concernenti la disciplina dell’immigrazione.....	171
1.1 Le libertà civili ed i diritti sociali degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	173
1.2 Principi penalistici e garanzie processuali nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	181

1.3 La politica dell'immigrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale	186
2. La doppia “ <i>percezione</i> ” della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale	190
2.1 La (in)compatibilità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità	192
2.2 Brevi considerazioni sull'utilizzo dell'offensività come canone di controllo delle opzioni legislative in materia penale	201
2.3 La “ <i>patente di legittimità</i> ” del reato di clandestinità.....	203
2.3.1 Le censure di carattere generale.....	205
2.3.2 Le censure riguardanti aspetti specifici della disciplina	213
2.3.3 La (non) violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario	217
3. Brevi note critiche	221
4. Coraggio e <i>self restraint</i> della Corte costituzionale.....	231
5. Conclusioni parziali.....	235

CAPITOLO V

COMPATIBILITA' DELL'ART. 10 *BIS* D. LGS. 286/1998

RISPETTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa	241
2. L'architettura della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero	242
3. Scadenza del termine, mancato recepimento e intervento (demolitore) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il caso <i>El Dridi</i>	246
3.1 Un intervento non più procrastinabile: l'attuazione (<i>de minimis</i>) della Direttiva rimpatri.....	251

4. Il caso <i>Achughbabian</i> : la Corte si pronuncia sulla compatibilità comunitaria del “reato di clandestinità” previsto dall’ordinamento francese	254
5. Il caso <i>Sagor</i> : la Corte si pronuncia sulla compatibilità comunitaria del “reato di clandestinità” previsto dall’ordinamento italiano.....	261
5.1 La sanzione sostitutiva dell’espulsione e la Direttiva rimpatri.....	262
5.2 La convertibilità della pena pecuniaria nell’obbligo di permanenza domiciliare e la Direttiva rimpatri	265
5.3 Un bilancio	268
5.4 Il caso <i>Mbaye</i> : la Corte di Giustizia conferma la propria giurisprudenza sull’art. 10 <i>bis</i>	270
5.5 L’adeguamento dell’ordinamento italiano alla sentenza <i>Sagor</i>	272
6. Conclusioni parziali: utilità dell’approccio della Corte di Giustizia fondato sulla preservazione dell’efficienza del sistema.....	276

NOTE CONCLUSIVE

1. Il reato di clandestinità tra tutela della sicurezza pubblica e diritto penale simbolico	283
2. Un “ <i>altro</i> ” diritto penale?	293
3. Una possibile correzione di rotta: la legge del 28.04.2014, n. 67, recante deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio	298
4. Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull’immigrazione	301

BIBLIOGRAGIA	307
---------------------------	-----

NOTE INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Società del rischio e modello securitario.* – 3. *La “problematicità” del diritto penale e la sua tendenza espansionistica.* – 4. *Un binomio costante: politiche di sicurezza e immigrazione.* – 5. *Disciplina dell’immigrazione come possibile modello di diritto penale differenziato.* – 6. *Piano di lavoro e brevi considerazioni di metodo.*

1. *Premessa*

È una conquista dei nostri giorni poter dire di vivere in uno Stato di diritto, uno Stato, cioè, disegnato nei suoi principi in modo tale da garantire a tutti, indistintamente, una serie di garanzie e libertà fondamentali e minime, nei confronti del potere dell'autorità.

Nel nostro caso, in particolare, possiamo affermare di essere inglobati in uno Stato Costituzionale di diritto, in cui gli stessi principi e garanzie sono protetti da uno scudo ulteriore, una Costituzione rigida.

È, tuttavia, ingenuo sostenere che tali diritti e garanzie siano assicurati, nella pratica del diritto, sempre e comunque, e soprattutto nei confronti di chiunque.

Le politiche criminali e quelle penali sono, essenzialmente, orientate al fine di tutela dei beni giuridici. Ma il diritto penale è utilizzabile, ed in concreto spesso utilizzato, anche come strumento di lotta in funzione della difesa dello Stato, delle istituzioni e dei singoli.

Proprio in questa dialettica fra il diritto come giustizia e come garanzia da un lato, e come mezzo di lotta e di difesa dall'altro, sorge tutta una serie di interrogativi ai quali, senza pretese di esaustività, si cercherà di dare una risposta.

La presente indagine intende, in particolare, focalizzare l'attenzione sul comportamento del nostro ordinamento rispetto ad un fenomeno che certamente non può definirsi nuovo: la questione dei flussi migratori.

La gestione dell'immigrazione è, ormai da molti anni, al centro della discussione pubblica: è un argomento che occupa il legislatore, è un tema di cui parlano i *mass media*, su cui interviene l'opinione pubblica. Ma è anche un tema di grande complessità, tanto più se si considera che la disciplina dell'immigrazione illegale ha sempre occupato una zona di confine, in cui si intersecano due branche dell'ordinamento: il diritto penale ed il diritto amministrativo.

Nell'ultimo decennio, tuttavia, la regolamentazione dell'immigrazione ha -

sempre più spesso - attirato l'attenzione del legislatore penale, che ha più volte riformato il c.d. Testo Unico dell'Immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), con un incrementato ricorso alle sanzioni penali, offrendo lo spunto per importanti riflessioni sugli aspetti dommatici e politico-criminali delle fattispecie ivi contemplate, nonché sui molteplici profili di legittimità costituzionale che le stesse presentano.

Il dibattito generato dall'approvazione dei cosiddetti pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, i continui impulsi provenienti dal legislatore europeo, attraverso l'approvazione di importanti atti normativi, come ad esempio, per tutti, la nota Direttiva rimpatri, e le interpretazioni di questi offerte dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pongono il tema della disciplina penale dell'immigrazione tra gli argomenti di emergente interesse nell'ambito degli studi del diritto penale e del diritto costituzionale.

Con particolare riferimento all'immigrazione illegale, l'evoluzione del quadro normativo, non solo interno, si è caratterizzata per il progressivo emergere ed affinarsi della categoria dell'«*immigrato clandestino*», che ha favorito l'adozione di misure repressive e di criminalizzazione - dirette ed indirette - nei suoi confronti, con ovvie ripercussioni sul piano dei principi costituzionali. Il paradigma securitario impresso all'immigrazione ha conosciuto il suo apogeo e la sua «*legittimazione*», con ogni probabilità, in seguito agli attentati dell'11 settembre del 2001, quando le politiche migratorie sono state asservite all'obiettivo della lotta al terrorismo.

E così, in Italia come altrove, la disciplina dell'immigrazione irregolare, ossia le normative penali e amministrative finalizzate all'allontanamento dello straniero entrato e soggiornante illegalmente nel territorio nazionale, ha rappresentato, e rappresenta tuttora, un osservatorio privilegiato dell'impatto della questione sicurezza sull'ordinamento penale, un banco di prova per la tenuta dei principi costituzionali.

Con i citati pacchetti sicurezza si sono rifatte avanti tendenze autoritarie che si ritenevano, probabilmente a torto, rimosse con il progredire della civiltà

giuridica o semplicemente sopite con l'avvento del costituzionalismo moderno. Si è, con ogni probabilità, delineato un binario differenziato, un vero e proprio sotto-sistema penal-amministrativo, con evidenti linee di frattura rispetto al volto costituzionale dell'illecito penale.

In tale contesto, una delle misure paradigmatiche del diritto speciale del migrante irregolare è rappresentata dall'introduzione della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale dello straniero (meglio nota come "*reato di clandestinità*"), al centro, com'è noto, di un acceso dibattito che, oltre alla valutazione dell'opportunità e dell'efficacia di siffatta disposizione ai fini del controllo dei flussi migratori, ha riguardato e riguarda, in ultima analisi, i limiti e la legittimazione dell'intervento punitivo e coinvolge i principi cardine del diritto penale in un ordinamento liberal-democratico: i principi di materialità, di offensività e di sussidiarietà, da un lato, e, dall'altro, più in generale, il principio dell'uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Di tale ampio dibattito si darà conto nel presente lavoro.

2. Società del rischio e modello securitario

Prima di entrare nel vivo della disamina dell'art. 10 *bis*, T.U. Immigrazione, si ritiene necessario introdurre i suoi presupposti teorico-dogmatici: l'*humus* sul quale viene edificato questo - probabile - binario differenziato è rappresentato dalla prepotente espansione del diritto penale.

Cominciamo con un'affermazione nota, ma niente affatto ovvia: occorre riconoscere l'attuale esistenza di una "*società del rischio*" o "*società dei rischi*". "*Nella modernità avanzata la produzione sociale di ricchezza va di pari passo con la produzione sociale dei rischi [...] con la crescita del potenziale della razionalità rivolta allo scopo cresce anche l'incalcolabilità delle sue conseguenze*"¹.

Tra le ripercussioni negative derivanti dai progressi tecnologici, che caratterizzano l'attuale società, vi è la configurazione del rischio di provenienza

¹ U. BECK, *La società del rischio*, trad. it. di Walter Privitera, Roma, 2000, pp. 25-29.

umana come fenomeno sociale strutturale.

In questa società, alcuni interessi sono tutelati per il loro valore intrinseco: tali sono i diritti della persona e gli interessi fondamentali della comunità organizzata. Recentemente si tende, peraltro, a rafforzare la protezione di quelli che sono chiamati beni giuridici universali. Tra questi, un posto di primaria importanza è occupato sicuramente dalla sicurezza degli stessi cittadini.

La condizione di “*insicurezza*” dell’uomo contemporaneo fa da sfondo agli orientamenti affermatasi sul terreno delle politiche del diritto. In questa prospettiva, l’età dell’insicurezza chiama in causa l’abbandono del modello della sicurezza dei diritti in favore di quello incentrato sul diritto alla sicurezza². L’età dell’insicurezza costituisce, per certi versi, il dato caratteristico dei paesi occidentali. Si sente serpeggiare nelle società contemporanee una sorta di diffidenza, financo una vera e propria paura - probabilmente amplificata dai mezzi di comunicazione e dalle tante campagne per la sicurezza - nei confronti del diverso. Non è peregrino pensare che, nella mente del cittadino europeo contemporaneo, l’immigrazione, soprattutto se clandestina, rappresenta spesso, a torto o a ragione, una delle maggiori fonti di rischio e di insicurezza³.

Come anticipato, la causa dell’accresciuto senso di insicurezza avvertito dalla popolazione trova, con ogni probabilità, la sua origine negli attentati terroristici dell’11 settembre del 2001, che hanno inaugurato una stagione contrassegnata dall’adozione, da parte degli Stati, di provvedimenti di natura segnatamente repressiva, una serie di misure che hanno indotto ad un drastico cambio di direzione⁴.

Senza anticipare temi che verranno - più compiutamente - trattati nel prosieguo della presente indagine, è tuttavia possibile affermare sin d’ora che gli attentati dell’11 settembre hanno fornito alle autorità nazionali un pretesto

² A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia e M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, p. 22.

³ G. DE SIMONE in Prefazione a S. CENTONZE, *Diritto penale dell’immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010.

⁴ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 25.

per correlare il problema del terrorismo con la questione dell'immigrazione⁵. Si è, in altre parole, diffusa la convinzione che controllando i flussi migratori si sarebbero potuti prevenire nuovi attacchi terroristici e, d'altra parte, un'idea siffatta è stata – sapientemente – veicolata nei diversi ambiti attraverso i quali si è articolata l'azione di contrasto al terrorismo, dall'alto verso il basso, rappresentati, per quanto qui interessa, dall'Unione Europea e dagli Stati nazionali⁶.

La paura per un «*nemico*» non ben identificabile ma di sicuro straniero e l'esigenza di sicurezza hanno indotto gli ordinamenti statali a sentirsi di continuo sotto assedio, costretti a difendersi dall'invasione di immigrati⁷.

Da qui la considerazione che, oggi, il fenomeno migratorio è considerato essenzialmente come un problema di sicurezza e di ordine pubblico, sintomo che esiste nella società una crescente insofferenza per la diversità, per lo straniero, per l'immigrato e che la politica, le politiche, anziché smorzare - opportunisticamente - fomentano le paure e gli egoismi, probabilmente, al solo fine di conseguire consensi elettorali⁸.

Da qui, una spirale apparentemente inevitabile: la costruzione di normative sempre più restrittive ha reso estremamente difficile l'immigrazione regolare; anche a fronte dell'aggravamento delle cause che spingono masse imponenti all'emigrazione, è cresciuto il numero degli ingressi irregolari; in risposta a tale situazione si è ampliato l'intervento repressivo sia delle condotte che agevolano o sfruttano l'immigrazione illegale (e questo è più che comprensibile) sia nei confronti degli stessi immigrati⁹.

E così, in Italia come altrove, abbiamo assistito ad una dilatazione del ricorso non solo ai classici strumenti amministrativi (espulsioni, respingimenti, lacci e laccioli burocratici), ma anche, ed è questo che in questa sede maggiormente

⁵ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 25.

⁶ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 26.

⁷ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 26.

⁸ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 27.

⁹ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

interessa, alle sanzioni penali a tutto campo¹⁰.

Si è, infatti, passati da interventi selettivi¹¹ ad una sempre più rigorosa repressione dell'inosservanza dei provvedimenti di espulsione (e di quelli di reingresso) per arrivare ad un'assoluta novità per l'ordinamento italiano: il reato di clandestinità, definito, non a torto, un classico esempio di “*espansione incontrollata della normativa penale*”¹².

Non si vogliono anticipare sin d'ora considerazioni in merito all'opportunità ed alla legittimità di tale incriminazione: basti, per il momento, ricordare come, proprio con riferimento al reato introdotto, autorevole dottrina abbia parlato di un esempio di “*diritto di polizia penalmente armato*” evocando l'immagine, invero poco rassicurante, del *Täterstrafrecht*, ovvero di “*un diritto penale dove la ragion d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma nel tipo d'autore, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto “antigiuridico”, oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore*”¹³.

In altre parole, un diritto penale di polizia, di prevenzione, di sicurezza, più attento al tipo d'autore che al significato offensivo del fatto¹⁴.

Non un'altra parola sul punto, per il momento.

3. La “problematicità” del diritto penale e la sua tendenza espansionistica

Prima di entrare nel vivo del presente lavoro, un'ulteriore premessa s'impone.

Il diritto penale, anche quando circondato da limiti e garanzie, conserva pur sempre un'intrinseca brutalità: la pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è infatti una seconda violenza che si aggiunge al delitto, programmata e messa

¹⁰ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

¹¹ Si pensi, *inter alia*, agli interventi in materia di tratta di esseri umani e a quelli in tema di lotta allo sfruttamento ed al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

¹² P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

¹³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 119.

¹⁴ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 126.

in atto dalla collettività contro un individuo singolo¹⁵.

La reazione penale è una reazione violenta: essa genera nei confronti del soggetto destinatario della pena uno stigma, vale a dire un “*marcbio*” di esclusione, un “*segno*” di differenziazione sociale. Ogni processo di stigmatizzazione attribuisce, infatti, una connotazione negativa al soggetto, “*trasformando*” un membro della comunità in modo da declassarlo ad un livello inferiore: rendendolo, in altre parole, “*altro*”. Questo è forse il carattere che distingue più d'ogni altro, nella sostanza, il diritto penale dagli altri rami dell'ordinamento¹⁶.

Nondimeno, pur “*squalificato*” sul piano politico-morale, il diritto penale, non solo con riferimento alla materia dell'immigrazione, appare oggi in progressiva espansione. Non è difficile constatare “*l'esistenza di una tendenza, chiaramente dominante nella legislazione, all'introduzione di nuovi tipi penali ed all'aggravamento di quelli già esistenti, che si colloca nel quadro di una generale restrizione, o quantomeno reinterpretazione delle garanzie classiche del diritto penale sostanziale e processuale*”¹⁷.

Tale espansione si manifesterebbe principalmente nella creazione di nuovi “*beni giuridico-penali*”, nell'ampliamento degli spazi di rischio penalmente rilevanti, nella flessibilizzazione delle regole d'imputazione e nella relativizzazione dei principi di garanzia¹⁸. Queste ed altre “*novità*” manifestano, dunque, una tendenza espansionistica comune a tutte le legislazioni penali delle società post-moderne.

Quali le cause di un siffatto fenomeno? Un dato empirico si impone come incontestabile: come anticipato, esiste nella nostra società un'elevata percezione collettiva dell'insicurezza, la quale genera una altrettanto elevata domanda sociale di maggiore protezione¹⁹. Questo senso di paura²⁰ sembra,

¹⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, p. XV.

¹⁶ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cassazione Penale*, 2006, p. 736.

¹⁷ J. M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 5.

¹⁸ J. M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 5.

¹⁹ J. M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 13.

appunto, essere una delle cause scatenanti l'espansione dell'intervento penale. Detto in altre parole, esiste nelle nostre società un'elevata “sensibilità al rischio”²¹, una spiccata sensibilità al pericolo, un senso di insicurezza e di vulnerabilità²². Senza anticipare questioni che verranno trattate più compiutamente nel prosieguo del presente lavoro, possiamo certamente affermare che un “ruolo chiave” è giocato dai mezzi di comunicazione di massa, largamente responsabili della percezione sociale del crimine. D'altronde, “ciò che sappiamo della nostra società, e in generale del mondo in cui viviamo, lo sappiamo dai mass-media e questo nonostante l'ineliminabile sospetto di manipolazione e la consapevolezza della forte selettività dei media”²³. In qualche modo, i *mass-media* offrono gli elementi conoscitivi in base ai quali i soggetti prendono decisioni e agiscono.

Atteso che il diritto penale, come già ricordato, è un'arma, si capisce, allora, come sia costante il pericolo di una sua trasformazione in uno strumento di guerra e di violenza, anche nelle ipotesi più normali del suo utilizzo.

Si affievolisce il dialogo nei confronti di taluni destinatari dell'intervento penale, dialogo che dovrebbe costantemente contrassegnare il diritto penale contemporaneo, ma che sempre più spesso viene rimpiazzato da ispirazioni come quelle della difesa, della lotta, financo della guerra. Basta puntare i riflettori sul “male”, sul criminale pericoloso, sul terrorista, sull'immigrato, insomma sul “nemico di turno”.

Ma si può dire che siamo in presenza di veri “nemici” dello Stato? Persone verso le quali la funzione dialogica della pena perde senso, perché hanno esse deciso di combattere contro lo Stato o la società? Al punto che non resterebbe altro che assicurare alla sanzione un obiettivo di neutralizzazione, di difesa, di

²⁰ Sulla paura, si vedano le riflessioni contenute in Z. BAUMAN, *Liquid fear*, Cambridge, 2006, trad. it. di Marco Cupellaro, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008.

²¹ J. M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 13.

²² M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 200.

²³ N. LUHMANN, *Die realität der Massenmedien*, 1996, trad. it. *La realtà dei mass media*, Milano, 2000.

sicurezza²⁴?

A tutto ciò si aggiunga l'aspettativa, da parte della collettività e da parte di chi si assume vittima, a veder condannato il soprannominato nemico di turno, a saperlo punito con una pena certa: umana sì, ma sempre pena. Si assiste, paradossalmente, alla reintroduzione del meccanismo del capro espiatorio che si pensava oramai appartenere al passato²⁵, nel solco di un vittimismo diffuso che ha bisogno di colpevoli per autoalimentarsi.

E ancora, le stesse istituzioni pubbliche, deputate alla repressione della criminalità, trasmettono immagini offuscate della realtà, che contribuiscono anch'esse alla sensazione di insicurezza: si consideri, *inter alia*, la centralità della “*questione sicurezza*” nelle campagne elettorali di gran parte dei partiti politici, la quale comporta, quasi in maniera necessitata, un'enfatizzazione del problema²⁶. E così è stato anche per ciò che concerne l'immigrazione, da un lato, additata come un pericolo per la collettività, dall'altro, sempre più spesso associata, anche nei documenti ufficiali delle burocrazie europee, a fenomeni di criminalità, di guisa che la presenza di stranieri “*irregolari*”, “*illegali*”, o “*clandestini*”²⁷ è diventata progressivamente l'oggetto di politiche e pratiche

²⁴ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cassazione Penale*, 2006, p. 746.

²⁵ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Parigi, 1996, trad. it. a cura di A. CREMAGNANI, *I custodi dei diritti: giudici e democrazia*, Milano, 1997, p. 79.

²⁶ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 16.

²⁷ Interessante, da questo punto di vista, chiarire il significato di alcuni termini utilizzati quando si parla di immigrazione. Senza anticipare questioni che verranno più compiutamente trattate nel prosieguo, basti adesso rilevare, seppur genericamente, quanto segue. Innanzitutto, il cittadino proveniente da un paese al di fuori dell'Unione Europea viene denominato, a volte indifferentemente, immigrato, straniero, extracomunitario: il termine “*immigrato*”, in contrapposizione a “*emigrato*”, sottolinea la condizione di chi si trova in un paese diverso da quello di origine perché vi si è trasferito per ragioni prevalentemente di studio o di lavoro; “*straniero*” indica il cittadino di un paese estero; “*extracomunitario*”, infine, indica i cittadini non appartenenti all'Unione Europea ma è, altresì, un termine che ha oggi assunto, tanto nel senso comune quanto nel discorso pubblico, un'accezione negativa. Tale ultimo termine è, infatti, utilizzato per indicare il soggetto straniero marginale, fonte di problemi (si badi, non è mai usato per individuare il turista americano o l'imprenditore svizzero). Indifferentemente, si usano poi anche i termini “*clandestino*, *irregolare*, *illegale*”: la parola “*illegale*” indica, genericamente, qualcosa o qualcuno al di fuori della legge, è un termine dai connotati sottilmente dispregiativi; il “*clandestino*” è chi è entrato nel paese di destinazione violando le regole che ne disciplinano l'ingresso, non ha alcun titolo per entrare nel paese né tantomeno per soggiornarvi; infine, lo “*straniero irregolare*” indica colui che, entrato regolarmente in un paese, vi permane senza un valido titolo giuridico. Le ragioni di

bellicose, ovvero di una lotta che viene apertamente dichiarata²⁸.

Queste, e altre ragioni, hanno fatto sì che negli ordinamenti vigenti, anche democratici, si creassero tipi di autori trattati in modo non solo differenziato, ma, con ogni probabilità, anche discriminato²⁹.

L'esistenza del fenomeno è innegabile nei fatti e di questo si cercherà di render conto nel prosieguo del presente lavoro.

4. *Un binomio costante: politiche di sicurezza e immigrazione*

Le considerazioni fin qui svolte permettono di evidenziare, pur in forma sintetica, i fattori che hanno influenzato la citata – progressiva – percezione dell'immigrazione come fattore di rischio.

Nel moto pendolare tra sicurezza, securitarismo e politiche criminali³⁰, intuitivi i passaggi della retorica del senso comune alimentati dagli imprenditori della paura³¹: gli stranieri emigrano nel nostro paese; lo straniero è spesso immigrato irregolare; vi sono molti stranieri in carcere; sono elevati i tassi di criminalità nella popolazione degli stranieri irregolari; gli stranieri commettono reati di tipo predatorio; la presenza degli stranieri pregiudica la sicurezza collettiva, a tutela della quale non può che essere invocato il braccio armato del diritto penale³².

questa disamina delle parole facenti parte del lessico dell'immigrazione discendono dalla necessità di sottolineare la potenza simbolica delle pratiche discorsive, ovvero la capacità delle classificazioni di influenzare il modo in cui si percepiscono l'immigrazione e lo straniero: definire qualcuno come lavoratore immigrato o come clandestino attiva comportamenti specifici da parte delle persone che entrano in relazione con lui, evoca immagini e rappresentazioni che influiscono fortemente su come il soggetto stesso si percepisce e su come gli altri si rapportano con lui. L'argomento, ad ogni modo, sarà più dettagliatamente affrontato nel secondo capitolo, laddove ci si soffermerà, più compiutamente, sul rapporto tra *mass media* e percezione dell'immigrazione e sulla funzione, spesso simbolica, del diritto penale.

²⁸ I. POSSENTI, *Attrarre e respingere. Il dispositivo di immigrazione in Europa*, Pisa, 2012, p. 78.

²⁹ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cassazione Penale*, 2006, p. 737.

³⁰ R. CROCE, *L'espulsione amministrativa dello straniero*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 214.

³¹ Fra gli altri, parla di imprenditori della paura S. RODOTÀ, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 38.

³² M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 240-241.

Da qui la considerazione che il rapporto tra immigrazione e diritto penale è divenuto una costante nelle scelte più recenti di politica criminale, imponendosi come elemento imprescindibile nell'agenda politica per una serie di concause, già sommariamente richiamate e sulle quali si tornerà nel prosieguo, che hanno consolidato il binomio immigrazione-perdita di sicurezza in funzione di legittimazione dell'intervento del diritto penale in chiave placativa dei bisogni di sicurezza³³.

Anche l'immigrazione, pertanto, è diventata uno dei campi di interesse delle politiche securitarie che, all'insegna dello slogan «più legge e ordine» e «tolleranza zero», traducono il bisogno di sicurezza in diritto alla sicurezza, anche attraverso il diritto penale³⁴.

In questa prospettiva, l'età dell'insicurezza chiama in causa l'abbandono del modello della sicurezza dei diritti in favore di quello incentrato sul diritto alla sicurezza³⁵ e, in un contesto siffatto, non può che essere invocato, come si è detto, il braccio armato del diritto penale.

È, in particolare, con la XIV legislatura che la traduzione penalistica del

³³ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 239-240.

³⁴ Sui rapporti tra diritto penale e sicurezza v. M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione Penale*, 2008, p. 3558; D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, pp. 547 e ss.; F. Mantovani, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1003; A. Ceretti, R. Cornelli, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2009, pp. 3 e ss. Con particolare riferimento all'immigrazione v. A. Caputo, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2007, p. 1116.

³⁵ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia e M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, 2001, p. 56. Secondo l'Autore, da un punto di vista astratto le "politiche di sicurezza" possono avere due direzioni opposte: possono essere orientate al modello del *diritto alla sicurezza* o al modello della *sicurezza dei diritti*. In concreto, il modello dominante in Europa (e negli Stati Uniti) sarebbe il primo. Però, l'orientamento al secondo modello costituirebbe non solo un modello alternativo *legittimo*, ma anche una opzione possibile, seppure improbabile. Questa opzione corrisponderebbe a una politica integrale di protezione e soddisfacimento di tutti i diritti umani e fondamentali. Senza entrare nel merito, preme in questa sede esclusivamente rilevare come, secondo l'Autore, posto che nel sistema giuridico i bisogni si presentano nella forma dei diritti, tuttavia, il bisogno di sicurezza non costituisce un bisogno primario, ma accessorio (e in questo senso "secondario") a tutti gli altri bisogni riconosciuti come diritti. Detto in altre parole, un "*diritto fondamentale alla sicurezza*" non sarebbe altro che il risultato di una costruzione costituzionale falsa o perversa.

securitarismo trova la sua più organica e fedele attuazione. I testi licenziati portano, con ogni probabilità, a definitiva realizzazione quel progetto di esclusione e criminalizzazione del migrante irregolare, che ha preso il via nel 2002 con la c.d. legge Bossi-Fini (legge 30 luglio 2002, n. 189), e si è consolidato con gli interventi del 2004 (legge 12 novembre 2004, n. 271)³⁶.

La tendenza di fondo delle politiche del diritto nel quinquennio di governo del centro-destra, che in questa sede maggiormente interessa, può essere, in particolare, così riassunta: è agevole constatare un progressivo orientamento del sistema sanzionatorio verso una logica di tipo identitario; la questione sicurezza è stata, di tal guisa, declinata nella direzione di una risposta sanzionatoria *“finalisticamente rivolta non tanto alla repressione di fatti oggettivamente offensivi quanto alla neutralizzazione di soggetti che, in ragione delle loro qualità personali di appartenenza a certe comunità o categorie, sono per ciò solo ritenuti pericolosi”*³⁷.

In siffatto contesto, la contravvenzione di ingresso e permanenza irregolare nel territorio dello Stato, oggetto specifico della presente indagine, costituisce senza dubbio la fattispecie *vedette* dell'intera disciplina³⁸, pur non essendo certamente l'unico, e neanche il più vistoso, elemento di frizione della complessa disciplina dell'immigrazione, così come risultante a seguito delle numerose modifiche normative via via intervenute.

Tale fattispecie, che verrà compiutamente analizzata nel prosieguo, insieme ad altre di identico o non dissimile tenore, si inserisce, come autorevolmente rilevato, *“nel solco classico di un diritto penale di polizia, di prevenzione e di sicurezza, dove però – questo il dato caratterizzante e nuovo – l'attenzione al tipo d'autore prevale sul*

³⁶ L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 28.

³⁷ F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, pp. 53 e ss.

³⁸ Parla di fattispecie *vedette* A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 8.

significato offensivo del fatto”³⁹.

Senza anticipare temi che verranno trattati in seguito, ciò che adesso preme rilevare è che l’Italia, per il tramite dei più volte citati pacchetti sicurezza, sembra apparire come la più convinta interprete di una concezione della sicurezza capace di minare, questo il nodo cruciale, la stessa tenuta democratica del nostro ordinamento giuridico⁴⁰.

Le misure normative adottate, da questo punto di vista, sono le cifre più indicative di questo nuovo paradigma securitario: tutti i testi richiamati appaiono ispirati alla medesima *ratio*, ovvero alla logica della gestione dei flussi migratori attraverso la predisposizione di un apparato repressivo sempre più duro nei confronti degli immigrati irregolari, veri protagonisti dell’*“emergenza sicurezza”*, ormai da anni al centro dell’agone mediatico⁴¹.

Di queste e di altre complesse dinamiche si cercherà di render conto nel corso della presente trattazione.

5. Disciplina dell’immigrazione come possibile modello di diritto penale differenziato

Tanto doverosamente premesso, seppur se in forma - necessariamente - assai sintetica, è il caso di riflettere, a parere di chi scrive, su ciò che la normativa penal-amministrativa dell’immigrazione svela delle nostre politiche criminali, della nostra società, financo di noi stessi.

La contravvenzione di ingresso e permanenza illegale nel territorio dello Stato e, in generale, gran parte degli istituti e delle fattispecie contemplati dal T.U. dell’Immigrazione, presentano, con ogni probabilità, una marcata valenza espressivo-simbolica, manifestazione di un diritto speciale per migranti e, per

³⁹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 126.

⁴⁰ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009, (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 21.

⁴¹ L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 28.

ciò che in questa sede maggiormente interessa, di un secondo binario punitivo, eccezionale ed autonomo rispetto al diritto penale generale⁴². In altre parole, un diritto penale svincolato dalle garanzie minime e con funzioni diverse da quelle proprie del diritto penale liberale.

Da qui l'obiettivo specifico della presente trattazione: definire le politiche penali in tema di immigrazione nel quadro delle categorie giuridiche basilari dell'intervento penale e nel solco della tutela dei diritti quale fondamento e limite dell'intervento penale stesso.

Altrimenti detto, è questo un sottosistema penale d'eccezione⁴³? Si tratta, nella concreta pratica del diritto, e quindi al di là degli *slogan* e delle etichette di volta in volta utilizzati, di un diritto penale differenziato in quanto caratterizzato, da un lato, da una forte contrazione delle garanzie sostanziali e processuali fondamentali, dall'altro, dal fatto di essere destinato a determinati "tipi" di autori, ritenuti presuntivamente più pericolosi?

Ma prima di tentare di dare una risposta ai quesiti posti, appare necessario esporre alcune considerazioni in merito al contenuto della disciplina penal-amministrativa italiana in materia di immigrazione, così come risultante a seguito della convulsa produzione legislativa dell'ultimo decennio, mettendo così in luce il volto complessivo della stessa, al fine di analizzare il solco nel quale si inserisce la contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato, come noto, oggetto specifico della presente indagine.

⁴² Sul punto, vedasi A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 83 e ss. L'A. parla di tale branca della legislazione in termini di "sottosistema penal-amministrativo che esprime una sua logica interna in forza della quale i principi e gli scopi dell'ordinamento penale – del diritto e della procedura – vengono piegati, asserviti all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento del nemico della società, lo straniero". Di identico tenore, ma dal punto di vista processualistico, E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, laddove si parla di "ennesimo microsistema processuale in materia di immigrazione, in cui il procedimento penale è svuotato del suo fine istituzionale e diventa uno strumento privilegiato al fine di accelerare e favorire la fuoriuscita dell'immigrato clandestino dal territorio italiano, assicurando, così, l'opinione pubblica".

⁴³ Parla di sottosistemi penali L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, pp. 724 e ss. e 844 e ss.

6. Piano di lavoro e brevi considerazioni di metodo

Appare opportuno, a questo punto, dare contezza dell'*iter* seguito nell'ambito della presente riflessione.

Come sommariamente anticipato, la prima parte è caratterizzata da un'impostazione tradizionale, incentrandosi, principalmente, sul diritto positivo, sui suoi riflessi costituzionali e sugli impulsi provenienti dal legislatore europeo, attraverso l'approvazione di importanti atti normativi, come ad esempio, per tutti, la nota Direttiva rimpatri (capitolo primo).

Successivamente, dopo aver operato una precisa scelta di campo, ovvero quella della trattazione dell'immigrato come autore di reati, e non come oggetto materiale degli stessi, si è concentrata l'attenzione su taluni paradigmi generali, modelli di diritto penale differenziato, orientati sull'autore (e non sul fatto). Sono state esposte vecchie e nuove tipologie punitive da un punto di vista, per quanto possibile, neutrale ed acritico. Si tratta, in particolare, del diritto penale del nemico e del diritto penale di lotta, del diritto penale dell'esclusione e del diritto penale dell'indebolimento (capitolo secondo).

Si è, quindi, entrati nell'oggetto materiale della presente riflessione giuridica, enucleando la disciplina positiva del c.d. reato di clandestinità, con una trattazione più propriamente esegetica (capitolo terzo).

Si passa, poi, al nucleo forte, ma anche al più delicato, della ricerca, rappresentato dalla riflessione circa la compatibilità della fattispecie con i principi costituzionali, esaminando, volta per volta, i singoli profili di possibile illegittimità e le "*risposte*" offerte dalla Corte costituzionale (capitolo quarto).

Si prosegue con l'enucleazione dei punti di frizione fra il c.d. reato di clandestinità e la normativa comunitaria in materia e, segnatamente, rispetto alla nota Direttiva rimpatri (capitolo quinto).

Si concluderà enucleando le questioni ancora aperte, a parere di chi scrive, nonostante i pronunciamenti, della Corte costituzionale prima e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dopo, e constatando l'esistenza di un altro

diritto penale, caratterizzato dalla presenza di elementi di spiccata eterogeneità rispetto al modello garantista-illuministico-liberale.

La previsione del reato di immigrazione illegale ha suscitato un acceso dibattito, non ancora sopito, che come detto, oltre alla valutazione dell'opportunità e dell'efficacia della fattispecie ai fini del controllo dei flussi migratori, ha riguardato e riguarda, in ultima analisi, i limiti e la legittimazione dell'intervento punitivo e coinvolge i principi cardine del diritto penale in un ordinamento penal-democratico: i principi di materialità, di offensività e, non ultimo, il principio di sussidiarietà, da un lato e, dall'altro, più in generale, il principio fondamentale di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

In chiusura delle presenti considerazioni introduttive, sembra opportuna un'ultima notazione preliminare di carattere metodologico.

La presente indagine prende le mosse sul finire del 2011. Il sistema, già oggetto di plurimi interventi normativi e giurisprudenziali, conosce allora un momento di apparente stabilità, fatta salva, all'orizzonte, la pronuncia della Corte di Giustizia in merito alla compatibilità dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. rispetto all'ordinamento comunitario e, segnatamente, rispetto alla nota Direttiva rimpatri.

Solo nel 2014, viene approvata, in via definitiva, la proposta di legge n. 331-927-B, recante “*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*”. Orbene, il legislatore ha affidato al Governo il compito di depenalizzare, entro diciotto mesi dal conferimento della delega, una serie di norme incriminatrici, contenute nel codice penale e nella legislazione speciale, fra le quali, per ciò che qui interessa, è compresa la disposizione di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

Medio tempore, viene altresì approvata in via definitiva la legge europea 2013 *bis* che, nonostante sia passata sotto pressoché totale silenzio da parte dei *media* nazionali, rappresenta invece una svolta significativa nella misura in cui

interviene su aspetti che la Corte di Giustizia, nella sentenza *Sagor*, di fatto non aveva del tutto chiarito.

Il legislatore è intervenuto su più punti (fra cui, il tema spinoso della detenzione amministrativa nei C.I.E.), nonostante peraltro non vi fossero precise esigenze di trasposizione, ma il silenzio che ha accompagnato l'approvazione della riforma, secondo taluno, potrebbe indurre a ritenere che quello stesso legislatore non avesse, in realtà, intenzione di fare di tale intervento l'inizio di un nuovo programma di politica legislativa in materia.

Ad ogni modo, l'opzione prescelta per dare contezza della progressiva evoluzione che investe il sistema è quella di conservare, comunque, l'esposizione dell'assetto anteriore ai detti interventi che, peraltro, si presentano tanto disorganici da risultare impresa non facile individuare un disegno di politica legislativa comune alle diverse e disparate modifiche.

Una scelta siffatta è dettata in sostanza dalla constatazione che l'analisi normativa e giurisprudenziale che verrà sviluppata nel corso della trattazione costituisce, comunque, un punto di partenza necessario per la comprensione delle recenti evoluzioni del sistema.

Verrà, pertanto, mantenuta l'impostazione di cui si è fatto cenno poco sopra e solo alla fine della riflessione si focalizzerà l'attenzione sulle recenti modifiche intervenute in corso d'opera e ciò in ragione del fatto che le modifiche intervenute, pur degne di nota, non hanno comunque diminuito “*gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie rilevate nella disciplina della immigrazione*” per i quali la Corte costituzionale, nella sentenza 22/2007, ha rivolto un (preoccupato) monito al legislatore, rilevando l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminarli.

Una scelta siffatta consentirà, in ultima analisi, di seguire gli sviluppi progressivamente attuati nella materia in esame attraverso le varie tappe che conducono all'attuale assetto legale.

CAPITOLO I

La condizione giuridica dello straniero

SOMMARIO: 1. *Le fonti: un sistema c.d. multi-livello.* – 2. *La Costituzione e il ruolo della Corte costituzionale.* – 3. *Il contesto sovranazionale.* – 3.1. *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale. Cenni.* – 3.2. *Il trattamento dello straniero nel diritto dell'Unione Europea.* – 3.2.1. *In particolare: la Direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare).* – 4. *L'evoluzione della legislazione italiana in materia di immigrazione. Cenni.* – 5. *Dal diritto penale del fatto al diritto penale d'autore: un mutamento di paradigma del diritto penale?*

1. *Le fonti: un sistema c.d. multi-livello*

Verrà, in questo primo capitolo, offerta una descrizione generale, attraverso una ricostruzione - necessariamente - a grandi linee, dell'evoluzione della legislazione in materia di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero.

Si tratterà, in particolare, di una descrizione accompagnata da brevi cenni sullo statuto costituzionale dello straniero e sulle fonti internazionali che rivestono particolare rilevanza in materia (si pensi, *inter alia*, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, ed alla nota Direttiva rimpatri, promanata dall'Unione Europea).

Il quadro delineato della disciplina e della condizione giuridica dello straniero contribuirà a mettere in luce la fisionomia di quello che si è detto essere, con ogni probabilità, un sottosistema penal-amministrativo dell'immigrazione irregolare, che la convulsa produzione legislativa degli ultimi anni ha delineato, rivelando, allo stesso tempo, il volto complessivo del diritto penale dell'immigrazione e la sua valenza paradigmatica di tendenze più generali del sistema penale⁴⁴.

Fra le altre cose, il tema della regolamentazione dell'immigrazione si presta oggi ad essere un esempio paradigmatico dell'evoluzione che ha subito il nostro sistema delle fonti, anche in ambito penale e processual-penale: come detto, trattasi - innanzitutto - di una regolamentazione che si pone in una zona di confine, tra diritto penale e diritto amministrativo; ma trattasi, altresì, di un sistema c.d. multi-livello⁴⁵, che non può ignorare - specialmente nella regolamentazione di un fenomeno che presenta spesso carattere transnazionale - i principi delle Carte e delle Convenzioni Internazionali, nonché gli atti promananti dall'Unione Europea; trattasi, infine, di una materia che non può non tener conto della giurisprudenza delle corti nazionali,

⁴⁴ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 5.

⁴⁵ Sul punto, vedasi presentazione a *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), Napoli, 2013.

segnatamente della nostra Corte costituzionale, e delle corti internazionali, nel caso che ci occupa, in particolare, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁶. In tale ambito, come altrove, la giurisprudenza è, a pieno titolo, fonte del diritto⁴⁷. E anche il diritto penale deve essere, ormai, assoggettato a regole di interpretazione nuove ed inedite in relazione al dislocarsi della normazione e dei suoi effetti su un piano, come si è detto, multi-livello⁴⁸.

Corre, peraltro, l'obbligo di precisare come, nella riflessione che segue, non si tratterà di descrivere, complessivamente, la disciplina dell'immigrazione. Ci si limiterà, piuttosto, ad uno sguardo a volo d'uccello, indicando - per tratti grossi - alcuni snodi particolarmente problematici, traendo di tal guisa il materiale grezzo dal quale muoverà la riflessione, anche di carattere politico-criminale, che connota la parte successiva della presente indagine.

Obiettivo specifico di tale prima parte, di carattere più propriamente descrittivo, è tentare di fare chiarezza, fornire una bussola per orientarsi in un tema di grande complessità e, proprio per la necessità di dover considerare numerosi aspetti, indubbiamente ostico.

2. La Costituzione e il ruolo della Corte costituzionale

Prendendo le mosse dallo statuto costituzionale dello straniero, le norme espressamente dedicate alla materia sono concentrate nell'art. 10, commi 2, 3 e 4 Cost.

La disciplina di principio è stabilita dal comma 2, nel quale si afferma che “*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*”. A garanzia dello straniero è, quindi, imposto al

⁴⁶ Il diritto penale dell'immigrazione è, fra le altre cose, diventato uno dei terreni principali su cui verificare i rapporti fra fonti europee e sistema penale interno. In tale senso, L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la Direttiva rimpatri*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.11.2013.

⁴⁷ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 8.

⁴⁸ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 14.

legislatore, oltre alla riserva di legge, il vincolo derivante dal rispetto di tutto il diritto internazionale.

Tale norma è, peraltro, l'unica disposizione della Costituzione autenticamente generale in materia di condizione giuridica dello straniero, in quanto il comma successivo è specificamente dedicato ai titolari del diritto d'asilo (*“Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge”*) e il comma 4 pone il divieto di estradizione dello straniero *“per reati politici”*.

Vale la pena di aggiungere che, in base al disposto dell'art. 35, quarto comma, *“la Repubblica riconosce la libertà di emigrare”*.

Occorre, da tale ultimo punto di vista, tenere in debita considerazione come il disposto dell'art. 10, comma 2 Cost. sia rimasto, per molto tempo, nella pratica inattuato e ciò è perfettamente comprensibile se si considera che, negli anni del dopoguerra, il fenomeno dell'immigrazione era tutto sommato marginale⁴⁹.

Al contrario, era il fenomeno dell'emigrazione, non solo italiana, ad attirare l'attenzione⁵⁰: basti pensare all'emigrazione italiana negli Stati Uniti tra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento, ovvero all'emigrazione dal Sud al Nord nell'Italia del secondo dopoguerra⁵¹.

In altre parole, la sostanziale carenza di flussi migratori nella prima metà del Ventesimo secolo ha influito sulla scrittura della Costituzione, nell'ambito della quale il fenomeno migratorio è stato preso in considerazione prevalentemente dal punto di vista dell'emigrazione, con l'affermazione, in virtù dell'art. 35, del

⁴⁹ R. GAROFOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 655.

⁵⁰ L'Italia era principalmente una zona da cui si partiva, per cui se, da un lato, si spiega la solenne affermazione della libertà di emigrare (art. 35, comma 4), dall'altro, non deve sorprendere l'esiguo rilievo riconosciuto alla figura dello straniero, dato che il fenomeno dell'immigrazione investì il nostro Paese solo a partire dai primi anni '80.

⁵¹ Per un'acuta ricostruzione della disciplina dello *ius migrandi*, vedasi L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 9 e ss.

citato diritto costituzionale di emigrare⁵².

L'ordinamento giuridico italiano si caratterizza, pertanto, per non avere, almeno dal punto di vista costituzionale, una definizione di straniero⁵³.

Sono state dottrina e giurisprudenza che hanno tentato di colmare tale *vulnus*, definendo lo straniero, sostanzialmente, come colui che non ha la cittadinanza italiana.

Ma al di là della questione definitoria, il problema dello straniero (sia esso rifugiato, apolide, *sans papiers*, clandestino) è anche, e soprattutto, un problema di riconoscimento dei diritti all'individuo quando questi non è cittadino.

L'opacità della Costituzione in materia ha, quindi, portato all'elaborazione di orientamenti dottrinali che hanno cercato, in diverso modo, di rintracciare il fondamento dello statuto giuridico dello straniero. A ciò si è aggiunta, come si vedrà, l'importante opera della Corte costituzionale.

Tanto detto, non sembra vi siano dubbi né in dottrina né in giurisprudenza⁵⁴, sul fatto che i diritti fondamentali della persona debbano essere garantiti a tutti gli individui, in quanto uomini e non in quanto cittadini, indipendentemente da una specifica “*appartenenza*” ad uno Stato. Così come non sembrano esservi perplessità sul far rientrare nel novero dei diritti fondamentali anche i diritti umani.

Ed infatti, sulla base di una lettura coordinata delle norme di cui agli artt. 2, 3 e 10 Cost., il giudice delle leggi è attestato sulla tesi secondo la quale se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio d'eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali⁵⁵.

⁵² R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in www.costituzionalismo.it, 2013, pp. 23 e ss.

⁵³ La mancanza di una definizione di straniero non sembra caratterizzare solo l'esperienza italiana, ma è un elemento comune anche di altre Costituzioni redatte nell'immediato dopoguerra, le quali disciplinano e tutelano solo indirettamente la figura dello straniero.

⁵⁴ Vedasi sul punto sentenza n. 293 del 2000, in cui la Corte costituzionale ha sostenuto che “*quello della dignità della persona umana è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo[...]*”.

⁵⁵ Vedasi, sul punto, sent. n. 120/1967, e, più di recente, sent. n. 245/2011, che ha ribadito il consolidato orientamento della Corte, in forza del quale i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in

Tanto detto, il catalogo dei diritti fondamentali, la cui titolarità è (*rectius*: sarebbe) riconosciuta anche agli stranieri, spazia (*rectius*: spazierebbe⁵⁶) dal diritto alla libertà personale alla presunzione di non colpevolezza, dalla libertà di manifestazione del pensiero alla libertà di associazione, dal diritto alla segretezza della corrispondenza alla libertà di religione, dal diritto alla salute ai diritti della famiglia, dal diritto di difesa al diritto alla tutela giurisdizionale⁵⁷.

Pur mantenendo ferma questa impostazione, la giurisprudenza costituzionale ha, tuttavia, fatto leva sulla distinzione tra la titolarità dei diritti fondamentali della persona, rispetto alla quale il principio di eguaglianza trova piena applicazione nei confronti dello straniero, e il godimento di tali diritti, rispetto al quale il legislatore conserva un margine di possibile trattamento differenziato tra cittadino e straniero⁵⁸.

In altre parole, la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittime normative differenziate tra cittadini e stranieri anche in tema di diritti fondamentali, a condizione che la disparità di trattamento fosse ragionevole in relazione alle diverse posizioni effettivamente rivestite dagli uni e dagli altri; queste diverse posizioni – che giustificerebbero discipline differenziate tra cittadini e stranieri anche in materia di diritti fondamentali – possono scaturire, secondo la Corte, da diverse situazioni di fatto, ma anche da diverse valutazioni giuridiche operate dall'ordinamento⁵⁹.

La Corte costituzionale ha affermato che tale principio è da intendersi come divieto di introdurre discriminazioni illegittime. La valutazione della diversità

quanto esseri umani, sicché, con riguardo alla tutela di tali diritti, la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi.

⁵⁶ Come si vedrà meglio più avanti, il condizionale è d'obbligo.

⁵⁷ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, 1992, citato in A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 7.

⁵⁸ Vedasi, sul punto, sent. n. 104/1969, ove la Corte costituzionale ha sostenuto che, nella concretezza dei fatti, nonostante l'eguale titolarità di tali diritti tra cittadini e non, possano sussistere diversità reati tra essi e che, quindi, il legislatore ha la facoltà di operare delle distinzioni nel loro effettivo godimento, purché non siano arbitrarie.

⁵⁹ Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di statuto costituzionale dello straniero e diritti fondamentali, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 6 e ss.

delle situazioni non è lasciata, tuttavia, alla piena discrezionalità del legislatore: questi deve attenersi al criterio di ragionevolezza per giustificare la disparità di trattamento tra cittadini (e non cittadini), fornendo cioè logiche giustificazioni della diversità della disciplina.

Difficoltà di trattamento sono, pertanto, ammesse nella misura in cui i provvedimenti adottati dal legislatore osservino il principio di ragionevolezza, ovvero rispecchino la facoltà di equilibrare le garanzie costituzionali inerenti i diritti fondamentali con altre necessità di pari rango, rappresentate, e questo è il nodo cruciale, da interessi pubblici quali la sicurezza, la salute, l'ordine pubblico, i vincoli internazionali e la politica migratoria nazionale.

Già da queste brevi considerazioni è agevole comprendere come la disciplina dell'immigrazione, in particolare quella penale, possa costituire un terreno irto di difficoltà per l'affermazione dei principi costituzionali e ciò è stato ben evidenziato da importanti pronunce della Corte costituzionale che hanno fissato alcuni punti fermi che definiscono l'intelaiatura nella quale dovrebbe⁶⁰ essere inquadrata la detta disciplina. Da questo punto di vista, i principi fissati dalla Corte costituzionale costituiscono, in qualche modo, i riflessi dello Stato di diritto in siffatta materia⁶¹.

La Corte costituzionale ha, in altre parole, provveduto a tracciare lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di diritto⁶², in un contesto ove il legislatore ha, spesso, dovuto fare i conti con le contingenze nelle quali il fenomeno dell'immigrazione si calava.

Questo il vero *punctum dolens*: nonostante vi siano in astratto previsioni normative poste a tutela dei diritti fondamentali, non sempre - in concreto - i provvedimenti statali ne hanno dato fedele attuazione. Secondo Luigi Ferrajoli⁶³, il vero problema dei diritti fondamentali, è, infatti, un problema

⁶⁰ Come si spiegherà più avanti, il condizionale è, ancora una volta, d'obbligo.

⁶¹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 243.

⁶² M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 246.

⁶³ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 331 e ss.

non di previsione ma di garanzia. Allo stesso modo, Norberto Bobbio ha rimarcato come spesso il problema dei diritti fondamentali dell'uomo non è quello della loro istituzione ma quello della loro protezione⁶⁴.

Come si spiegherà meglio successivamente, se volgiamo lo sguardo al nostro paese l'immagine che ne traiamo è, invero, tutt'altro che rassicurante: la legislazione italiana in materia di immigrazione è caratterizzata da un massiccio ricorso allo strumento penale e di polizia. Soprattutto nella fase più recente, il convulso susseguirsi di normative – tese ad introdurre nuove forme di espulsione, nuovi strumenti esecutivi degli allontanamenti, nuove fattispecie di reato, fra cui il c.d. reato di clandestinità, che in questa sede maggiormente interessa, nuove circostanze aggravanti, nuove ipotesi di arresto, ecc. – si è accompagnato ad una serie di declaratorie di illegittimità costituzionale relative a segmenti di rilievo centrale delle discipline via via adottate⁶⁵.

Come sopra accennato, la legislazione ha progressivamente assunto la categoria dell'immigrato irregolare come sinonimo di pericolosità sociale: come osservato da attenta dottrina, si tratta – con ogni probabilità – di una legislazione artificiale, distante dalla realtà dei processi di immigrazione e incapace di governarli in termini realistici, e orientata a una logica di esclusione, particolarmente evidente nella sua componente penalistica⁶⁶.

Il risultato è costituito da un sistema dai contorni opachi, connotato dall'intreccio tra istituti amministrativistici e istituti penalistici (e processual-penalistici).

Con tali dinamiche, in buona sostanza, la Corte costituzionale ha dovuto confrontarsi e di ciò si cercherà di dar contezza nel prosieguo.

Ma prima di entrare *in medias res*, si rende necessaria, come anticipato, una sia pur schematica descrizione del contesto italiano, internazionale ed europeo, utile ai fini della riflessione che seguirà nei capitoli successivi.

⁶⁴ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1984.

⁶⁵ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 14.

⁶⁶ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 23.

3. *Il contesto sovranazionale*

La rilevanza del ruolo rivestito dalle fonti internazionali ed europee nella definizione delle discipline nazionali sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero si è tradotta in una straordinaria complessità della normativa su questi temi che, a vari livelli, si è stratificata: a tale normativa, in questa sede, non potranno che essere dedicati rapidi cenni, limitati alle fonti più significative, nell'ottica dell'analisi dei reati in materia di immigrazione e, in particolare, del c.d. reato di clandestinità⁶⁷.

Si rende, ad ogni modo, necessario premettere come, a livello sovranazionale ed europeo, nonostante i tentativi compiuti nella direzione di una maggiore cooperazione, è mancata - con ogni probabilità - una *governance* che sia stata in grado di gestire il fenomeno dell'immigrazione a livello globale⁶⁸: è mancato un coerente ed efficace approccio giuridico multi-livello in grado di gestire le risposte degli Stati al fenomeno dell'immigrazione internazionale in maniera coerente e sistematica⁶⁹. E ciò in quanto gli Stati hanno mantenuto, e mantengono tuttora, un elevato grado di autonomia nel determinare le loro politiche in siffatta materia.

Tanto premesso, si procederà trattando, in prima battuta, le - più rilevanti - fonti di origine internazionale che maggiormente incidono sull'ordinamento italiano in materia di trattamento degli stranieri (riconoscimento e “*protezione*” dei relativi diritti) e, successivamente, le fonti di origine europea e, segnatamente, la nota Direttiva rimpatri, che in questa sede riveste maggior interesse.

3.1 *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale. Cenni*

A livello internazionale, la disciplina dell'immigrazione si articola oggi in un'ampia gamma di politiche che, tra le altre, riguardano: gli immigrati regolari, gli immigrati irregolari, i viaggi internazionali, i soggiorni di breve periodo,

⁶⁷ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 10.

⁶⁸ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 13.

⁶⁹ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 19.

l'asilo e i rifugiati⁷⁰. Ciascuno di tali ambiti presenta, a sua volta, un differente grado di cooperazione a livello internazionale.

Limitando l'attenzione al «*diritto di immigrare*», oggetto specifico della presente riflessione, può sin d'ora anticiparsi come, ad oggi, non possa ritenersi esistente una norma di diritto internazionale che preveda il diritto in capo all'individuo di fare ingresso e soggiornare in uno Stato diverso da quello di appartenenza⁷¹.

Se non esiste un diritto di immigrare, esiste però un «*diritto di emigrare*», enunciato già dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata e proclamata dall'assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948 (in prosieguo DUDU), che sancisce per ogni individuo – quindi, anche per gli stranieri – la libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato, nonché il diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di potere sempre ritornare nel proprio Paese (art. 13 DUDU)⁷².

Va ricordato, altresì, il Patto sui diritti civili e politici, adottato – sempre in ambito ONU – il 16 dicembre del 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo del 1976. In tale atto viene specificato come ogni individuo (testualmente: “*everybody*”), che si trovi - legalmente - nel territorio di uno Stato, abbia diritto alla libertà di movimento, alla libertà di scelta della residenza in quel territorio, nonché alla libertà di uscirne e che tali diritti possano essere limitati solo con disposizioni di legge e solo quando la restrizione risulti necessaria per

⁷⁰ Considerato che la presente riflessione ha ad oggetto, come si spiegherà meglio successivamente, l'immigrato come autore di reati e non come vittima ovvero come oggetto materiale della condotta di terzi, in questa sede non verranno prese in considerazione fonti di carattere internazionale, quali il Protocollo delle Nazioni unite contro il traffico di migranti, nonché la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale ed i relativi protocolli addizionali, due dei quali dedicati rispettivamente al contrasto della tratta di esseri umani e, quindi, al contrasto del traffico di migranti. Per la disamina degli stessi, si rinvia a A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 10 e ss.

⁷¹ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 29.

⁷² Il fatto che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo contenga un esplicito riferimento a muoversi da una parte all'altra della Terra fa sì che il problema dell'immigrazione sia sostanzialmente un problema di tutela di un diritto fondamentale. Valgono, pertanto, anche in questo caso, le considerazioni sopra accennate - nel paragrafo 2 del presente capitolo - in tema di previsione del diritto e correlativa (difficile) attuazione.

proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altri diritti e libertà e sia compatibile con gli altri diritti riconosciuti dallo stesso Patto (art. 12 Patto sui diritti civili e politici). Si precisa, inoltre, che uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato non possa esserne espulso se non in base ad una decisione presa in conformità della legge e che, salvo che vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, debba avere la possibilità di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione, di sottoporre il proprio caso all'esame dell'autorità competente, o di una o più persone specificatamente designate da detta autorità, e di farsi rappresentare innanzi ad esse a tal fine (art. 13 Patto sui diritti civili e politici)⁷³.

Ciononostante, ad oggi, i diritti previsti dai menzionati atti internazionali non sembrano aver avuto piena ed effettiva attuazione negli ordinamenti interni.

Tuttavia, tali fonti tracciano delle linee guida da seguire, prevedendo espressamente il riconoscimento e la tutela dei diritti di emigrare e di risiedere

⁷³ Merita un cenno, altresì, l'art. 14 del Patto di New York. Si afferma, in particolare, che tutti sono uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia e che ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza di un'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile. Vengono, poi, dettate alcune garanzie processuali che devono essere rispettate in ogni Stato e nei confronti di tutti, cittadini e stranieri: ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia legalmente accertata - presunzione di innocenza (art. 14, par. 2); ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, a determinate garanzie minime, esplicitazione del c.d. diritto di difesa (art. 14, par. 3); nel caso di procedure a carico di minorenni sarà necessario tener conto della loro età e promuovere la loro riabilitazione (art. 14, par 4); ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano esaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge - principio del doppio grado di giudizio (art. 14, par. 5); quando un individuo è stato condannato con sentenza definitiva e successivamente tale condanna viene annullata, ovvero viene accordata la grazia, in quanto un fatto nuovo o scoperto dopo la condanna dimostra che era stato commesso un errore giudiziario, l'individuo che ha scontato una pena in virtù di detta condanna deve essere indennizzato, in conformità della legge, a meno che non venga provato che la mancata scoperta in tempo utile del fatto ignoto è a lui imputabile in tutto o in parte (art. 14, par. 6); nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto ed alla procedura penale di ciascun paese - principio del *ne bis in idem* (art. 14, par. 7). Per una più attenta disamina delle garanzie previste dal Patto sui diritti civili e politici, vedasi, S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, pp. 11 e ss.

in un paese in cui ci si trova legalmente⁷⁴, pur fatte salve le esigenze di contemperarli con la tutela della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della moralità pubbliche, ovvero degli altrui diritti.

Da tale punto di vista, appare necessario soffermarsi a riflettere su quali limiti incontri l'esercizio del potere statale in materia, e cioè se si debba ritenere che le decisioni del legislatore nazionale sull'immigrazione siano assolutamente libere e discrezionali oppure siano vincolate dalla ponderazione di altri interessi in gioco. Orbene, come anticipato, i legislatori nazionali, compreso quello italiano, godono - come si spiegherà meglio - di un margine di manovra, invero, assai ampio in materia di immigrazione: compete, in ultima istanza, ad ogni Stato fissare i criteri di ingresso e soggiorno sul proprio territorio. È necessario, pertanto, chiedersi se fenomeni di tali proporzioni possano essere affrontati solo, o quasi esclusivamente, con strumenti di natura penale o di polizia, riducendo gli stessi a mere questioni di sicurezza o di ordine pubblico. Ma su tali questioni, invero essenziali nell'economia della presente indagine, si focalizzerà l'attenzione nel prosieguo.

Per la notevole incidenza nell'ordinamento italiano, tra gli atti internazionali

⁷⁴ Come si spiegherà meglio dopo, il vero *punctum dolens* sta proprio nella possibilità di emigrare legalmente. In Italia come altrove, l'irregolarità dello straniero non costituisce un dato ontologico, ma è fissata da soglie legislative. Come è stato da più parti osservato, la complicata e farraginoso disciplina amministrativa italiana dell'immigrazione è particolarmente severa e rigida: i flussi ammessi sono ridotti e fondamentalmente condizionati alla presenza di un contratto di lavoro, e non esistono meccanismi stabili di regolarizzazione degli immigrati irregolari. La legislazione italiana in materia di immigrazione, che costituirà oggetto di successivo approfondimento nell'ambito della presente trattazione, è sostanzialmente incentrata sulla regola della subordinazione dell'autorizzazione all'ingresso dello straniero all'incontro planetario tra domanda e offerta di lavoro: in altre parole, come acutamente osservato, è la stessa normativa a produrre irregolarità. Il netto discrimine tra immigrati regolari e immigrati irregolari si è tradotto in una straordinaria rigidità della normativa sulla condizione dello straniero irregolare, cui è sempre, o quasi, precluso il passaggio alla condizione di regolarità; al contrario, la strada che conduce dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità è ben facilmente percorribile, data la difficoltà per il migrante di conservare le condizioni necessarie al rinnovo dei titoli abilitativi al soggiorno. Tali questioni, di particolare interesse per la presente riflessione, verranno, come detto, più compiutamente trattate nel prosieguo. Per il momento, si rinvia a A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 83 e ss. e ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 219 e ss.

rilevanti in tema di trattamento dello straniero è necessario fare riferimento anche alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo CEDU), adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, ed ai suoi protocolli addizionali.

Tali atti sono particolarmente importanti non solo per aver fornito un dettagliato catalogo di diritti umani, ma soprattutto per la previsione di un sistema di garanzia a loro tutela, il cui funzionamento è garantito da un organo avente natura giurisdizionale: la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Sul piano dei diritti riconosciuti, va segnalato l'art. 5 CEDU, che impone agli Stati firmatari il riconoscimento ad ogni persona del “*diritto alla libertà ed alla sicurezza*”, affinché nessuno possa essere privato arbitrariamente della propria libertà, se non in determinati casi espressamente previsti dalla legge, specificando che la persona privata della propria libertà ha diritto ad essere informata in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e delle accuse che le vengono rivolte, ad una durata ragionevole della carcerazione preventiva, a far giudicare sulla legalità della detenzione preventiva ed a percepire un'equa riparazione nei casi di arresto o di detenzione in violazione dei sopra richiamati diritti⁷⁵.

La libertà personale, anche in virtù della CEDU, può essere eccezionalmente compressa solo nel caso in cui una persona tenti di fare ingresso illegalmente in uno Stato oppure, anche se entrata legalmente, in un secondo momento versi in condizione di irregolarità. Anche la CEDU, pertanto, si fonda sul presupposto che gli Stati possano controllare l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri⁷⁶.

Tra i protocolli addizionali della CEDU, quanto al trattamento degli stranieri,

⁷⁵ Merita di essere segnalato, altresì, l'art. 6 CEDU, che disciplina il “*diritto ad un processo equo*”, ovvero il diritto di ogni persona ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta, nel rispetto del principio della presunzione di innocenza fino a condanna definitiva. Per una più ampia ricognizione delle garanzie dettate dalla CEDU, si rinvia nuovamente a S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, pp. 16 e ss.

⁷⁶ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 48.

meritano di essere segnalati i protocolli n. 4 e n. 7, entrambi adottati a Strasburgo, rispettivamente il 16 settembre 1963 ed il 22 novembre 1984.

Nel Protocollo n. 4 viene riaffermato il principio secondo il quale chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza; si afferma, fra le altre cose, che ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio (art. 2).

Un ultimo cenno merita l'art. 1 del Protocollo n. 7, il quale sancisce, su modello del citato Patto sui diritti civili e politici, che lo straniero, regolarmente residente nel territorio di uno Stato, non può essere espulso senza che gli venga garantito un effettivo e concreto diritto a far valere le proprie ragioni innanzi alle autorità competenti. Tale diritto ammette delle restrizioni solo qualora l'espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale⁷⁷.

In definitiva, in relazione all'espulsione, lo Stato mantiene un'ampia discrezionalità e ciò in ragione del fatto che, in ogni caso, la regolarità o meno del soggiorno, seppur nell'ambito di un "*equo processò*", deve essere valutata alla luce del diritto interno e che restano, comunque, salve le espulsioni effettuate nell'interesse dell'ordine pubblico e/o per ragioni di sicurezza nazionale.

Già da queste brevi considerazioni emerge con chiarezza come il sistema internazionale di tutela dei diritti dei migranti appaia, ancora oggi, dispersivo e frammentario e ciò non può che rendere la tutela del migrante, se non assente, tuttavia molto difficoltosa⁷⁸.

Quanto alla concreta attuazione e tutela dei diritti previsti a livello internazionale - in un sistema, come visto, non coerente, non chiaro e men che meno accessibile - si deve rilevare, ancora una volta, come la proclamata vocazione universale dei diritti umani si scontri, tuttora, con la mancata attuazione da parte del legislatore, non solo nazionale, del principio di

⁷⁷ Per una più ampia ricostruzione, si rinvia ancora a S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, pp. 11 e ss.

⁷⁸ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 51.

universalità dei diritti. Si registra, infatti, una profonda discrasia nel godimento - si badi, non nella titolarità - dei diritti fra cittadini e stranieri, non solo negli ordinamenti nazionali, e segnatamente, in quello italiano, ma anche, come si vedrà a breve, a livello europeo⁷⁹.

3.2 Il trattamento dello straniero nel diritto dell'Unione Europea

Prima di tracciare un quadro, seppur a grandi linee, delle più recenti politiche europee in materia di immigrazione, una premessa s'impone.

Come sopra accennato, anche l'evoluzione del quadro normativo europeo si è caratterizzata per il progressivo emergere ed affinarsi della categoria dell'«*immigrato clandestino*». Come negli ordinamenti nazionali, anche il contesto europeo ha visto progressivamente crescere l'attenzione sul tema di una maggiore esigenza di sicurezza rispetto al passato.

Come anticipato, la causa dell'accresciuto senso di insicurezza avvertito dalla popolazione trova la sua origine, con ogni probabilità, negli attentati terroristici dell'11 settembre del 2001, che hanno inaugurato una stagione contrassegnata dall'adozione, anche da parte dell'Unione Europea, di provvedimenti di natura repressiva con lo scopo di affrontare il problema nella maniera più efficace possibile, innalzando le mura di quella che è stata icasticamente chiamata «*fortezza Europa*»⁸⁰: da un sistema di controlli alle frontiere rivolto originariamente solo agli extracomunitari, ad un meccanismo di sorveglianza generalizzata su tutti i cittadini, giustificata alla luce del nuovo concetto di «*sicurezza delle frontiere*» che, dopo l'11 settembre, ha sostituito quello di «*controlli alle frontiere*»⁸¹.

⁷⁹ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 30.

⁸⁰ Si è parlato di «*Fortezza Europa*» per alludere ad un'Europa che «*trasforma le frontiere in fronti*»: un fenomeno nell'ambito del quale l'inasprirsi dei meccanismi di controllo dell'immigrazione ha prodotto, soprattutto negli ultimi due decenni, una progressiva «*clandestinizzazione*» dei fenomeni migratori che, a sua volta, viene addotta come giustificazione per un trattamento differenziato tra migranti regolari e migranti irregolari. L'espressione è oramai divenuta di uso comune per indicare le politiche esclusive adottate dall'Unione Europea. Ad usarla, tra gli altri, I. POSSENTI, *Attrarre e respingere. Il dispositivo di immigrazione in Europa*, Pisa, 2012, p. 16.

⁸¹ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 25.

Come già osservato, gli attentati dell'11 settembre hanno fornito, alle autorità nazionali così come all'Unione Europea, un pretesto per correlare il problema del terrorismo con la questione dell'immigrazione⁸². Si è iniziato a considerare gli immigrati in un'ottica diversa dal passato e cioè come una minaccia alla sicurezza: ecco allora che, nell'ultimo decennio, l'interesse nei confronti della politica migratoria si è focalizzato, in particolar modo, sulla sua idoneità a costituire un valido strumento per garantire maggiore sicurezza.

Da qui una spirale quasi inevitabile: la paura per un nemico non ben identificabile, ma di sicuro straniero, e l'esigenza di sicurezza hanno indotto gli ordinamenti statali, nonché l'Unione Europea, a sentirsi – a torto o a ragione – continuamente sotto assedio, costretti a difendersi dall'invasione degli immigrati⁸³.

In un contesto siffatto si inseriscono, da un lato, le politiche nazionali in materia di immigrazione e, segnatamente, quella italiana e, dall'altro, le politiche migratorie europee.

È, adesso, possibile tracciare un quadro delle più recenti politiche europee in materia di immigrazione.

Corre l'obbligo di precisare, preliminarmente, che, attesa la particolare vastità dell'argomento, nel presente paragrafo verrà focalizzata l'attenzione solo sulle disposizioni contenute nelle fonti c.d. primarie: Trattati e relativi protocolli, così come modificati a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁸⁴.

Più precisamente, si porrà l'attenzione sul titolo V del TFUE, rubricato “*spazio*

⁸² Il binomio sicurezza/immigrazione, affermatosi *post* 11 settembre, trova, con ogni probabilità, la sua origine nell'identificazione dei colpevoli degli attentati alle *Twin Towers* in un gruppo di stranieri che avevano sfruttato a loro vantaggio le legislazioni nazionali in materia di immigrazione e di asilo per fare ingresso negli Stati Uniti. Da qui l'immediata diffusione della convinzione che controllando il flusso migratorio, si sarebbero potuti prevenire nuovi attacchi terroristici.

⁸³ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 26.

⁸⁴ Occorre peraltro rilevare come, per ciò che concerne le fonti comunitarie, le stesse abbiano assunto un rilievo crescente nella determinazione degli indirizzi nazionali, in particolare, a seguito della comunitarizzazione degli Accordi di *Schengen*, avvenuta a seguito dell'entrata in vigore del citato Trattato di Lisbona. La disciplina dettata da tali accordi ha, infatti, rappresentato il nucleo essenziale dello sviluppo delle successive politiche comunitarie, orientate, come si vedrà a breve, prevalentemente verso l'adozione di strumenti di controllo dei flussi migratori e di contrasto dell'immigrazione irregolare.

di libertà, sicurezza e giustizia».

Già nel TUE, viene specificato: «L'Unione offre ai suoi cittadini 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».

In termini generalissimi, può dirsi che, nell'ultimo cinquantennio, l'abolizione delle frontiere interne ha rappresentato uno degli obiettivi più importanti perseguiti dall'Unione europea al fine di raggiungere un livello sempre più elevato di integrazione fra gli Stati membri. Correlativamente, questa libertà di movimento è stata accompagnata dalla creazione di c.d. «*misure compensatorie*», dirette a rafforzare il controllo alle frontiere esterne dell'Unione europea⁸⁵.

Con il Trattato di Lisbona, in sostanza, è stata potenziata la possibilità di azione dell'Unione in materie quali l'asilo, l'immigrazione, la politica dei visti, la gestione delle frontiere esterne, nonché la cooperazione fra autorità di polizia, giudiziarie e doganali degli Stati membri. Il menzionato «*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*» viene, in particolare, espressamente indicato tra i settori in cui l'Unione europea ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri (art. 3, par. 2, lett. J, TFUE), con conseguente operatività del principio di sussidiarietà⁸⁶.

Per ciò che concerne, nello specifico, l'immigrazione, il capo 2 del Titolo V del TFUE si occupa delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione. L'obiettivo dichiarato è quello di sviluppare una politica comune dell'Unione in grado di gestire l'immigrazione regolare, in maniera tale da conciliarla con le priorità e le esigenze dei singoli Paesi europei e da favorire l'integrazione, e di contrastare con forza l'immigrazione clandestina, mediante

⁸⁵ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 51.

⁸⁶ Stante il disposto dell'art. 5, par. 3, TUE «*in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione*».

più efficaci controlli alle frontiere esterne⁸⁷.

Occorre, peraltro, tenere in debita considerazione come l'art. 72 TFUE confermi, dal canto suo, la competenza esclusiva degli Stati in materia di «*mantenimento dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza nazionale*», con ciò lasciando ai singoli Stati la responsabilità ultima del controllo del territorio e la relativa discrezionalità delle scelte che questa comporta.

Nel contesto sommariamente delineato, non sono invero mancati, come si vedrà a breve, interventi tesi ad armonizzare le iniziative di contrasto degli Stati al fenomeno dell'immigrazione irregolare, ma si è trattato - perlopiù - di interventi pesantemente condizionati da veti incrociati e più nascoste forme di ostruzionismo degli Stati⁸⁸.

Questa è la cornice all'interno della quale si sono mossi i diritti nazionali per le materie sulle quali ha competenza anche l'Unione europea, fra cui le citate politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione; proposizione ovvia in questi termini generalissimi, che però sembra esserlo molto meno, nella prospettiva del legislatore italiano, per ciò che concerne il diritto penale dell'immigrazione⁸⁹.

Il problema è annoso, ma la questione si è posta in modo ineludibile in relazione al coordinamento fra sistema di diritto interno e Direttiva rimpatri (2008/115/CE del 16.12.2008), mirante a stabilire un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio degli extracomunitari irregolari, basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate nel rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana⁹⁰.

⁸⁷ Per una ricognizione della disciplina prevista dal Titolo V del TFUE, si rinvia a S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, pp. 18 e ss.

⁸⁸ R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 1425 e ss.

⁸⁹ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 15.

⁹⁰ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 15.

Sui profili di possibile incompatibilità con la disciplina italiana e sugli aspetti problematici in relazione ad alcune fattispecie incriminatrici, fra cui il c.d. reato di clandestinità, si focalizzerà l'attenzione nel prosieguo, in quello che si è detto essere il nucleo forte, ma anche il più delicato, della presente ricerca.

Nel paragrafo che segue, verrà, per il momento, tracciata l'architettura generale della Direttiva rimpatri.

3.2.1 In particolare: la Direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare)

Un importante tassello dell'intricato quadro normativo europeo, solo a grandi linee tracciato, è costituito, come anticipato, dalla Direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

L'*iter* che ha condotto all'adozione di tale direttiva è stato lungo e travagliato, soprattutto a causa dell'opposizione di molti Stati: varie le obiezioni sollevate nonostante il fatto che la Direttiva sia, tra gli atti tipici, la misura che - come noto - meno vincola gli Stati membri. E questa è una delle ragioni per le quali il livello di armonizzazione che ne è derivato risulta, nel complesso, modesto⁹¹.

Sul piano dei contenuti, l'architettura della Direttiva rimpatri presenta un nucleo di norme obbligatorie, in relazione alle quali gli Stati possono esercitare la discrezionalità tipica della direttiva, che si affianca, da un lato, a un gruppo di norme che si limitano a stabilire obiettivi da raggiungere e, dall'altro, ad una clausola di salvaguardia delle norme più favorevoli⁹². Molte norme sono formulate in termini di opzioni e lasciano liberi gli Stati di adottarle o meno, o di scegliere tra una pluralità di soluzioni alternative⁹³.

⁹¹ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 148.

⁹² A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 12.

⁹³ Merita di essere segnalato come gli Stati possano, inoltre, mantenere in vigore le normative nazionali se più favorevoli, purché non contrastino con gli scopi della Direttiva (art. 4), il che

Già da queste brevi considerazioni, emerge, in tutta evidenza, la - potenziale - scarsa attitudine armonizzatrice della direttiva *de qua*, vieppiù se si analizza l'ambito di applicazione della stessa, delineato dall'art. 2.

Dopo l'esordio che sancisce l'applicazione generalizzata ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in soggiorno irregolare, viene - infatti - riconosciuta agli Stati la facoltà di escluderne l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi «*sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare o che non abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione al soggiorno*» (art. 2, par. 2, lett. a).

Ancora, l'art. 2, comma 2, lett. b, consente di escludere dall'ambito di applicazione della stessa «*gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione*». È questa una clausola di esclusione introdotta durante l'esame della proposta e il cui obiettivo appare chiaro: evitare che la direttiva interferisca con provvedimenti di espulsione disposti dall'autorità giudiziaria nazionale a conclusione di procedimenti penali⁹⁴.

La questione verrà meglio approfondita nel prosieguo.

Tanto premesso in punto di ambito di applicazione, può dirsi che gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva rimpatri sembrano, sostanzialmente, due: l'efficacia – il “buon esito” – delle procedure di rimpatrio; la tutela dei diritti fondamentali dello straniero – compresa la libertà personale – nell'ambito delle procedure di

potrebbe essere positivo per quegli Stati che presentano *standard* di tutela dei diritti umani più elevati. Nella sostanza, la disciplina contenuta nella Direttiva non mira ad innalzare il livello dei diritti garantiti ai cittadini di Paesi terzi, bensì a predisporre una disciplina a carattere orizzontale, a prescindere dalla circostanza che sia più o meno favorevole rispetto a quella già in vigore negli Stati membri. È, dunque, possibile che lo *standard* di tutela dei diritti previsto a livello dell'Unione sia inferiore rispetto a quello dei singoli Stati membri in materia. Per considerazioni in merito alla scarsa attitudine armonizzatrice della Direttiva 115/2008 si rinvia a C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, pp. 147 e ss.

⁹⁴ Senza entrare nel dettaglio, basti qui considerare come una siffatta clausola di esclusione possa determinare, com'è in concreto accaduto, una limitazione considerevole dell'ambito di applicazione della Direttiva, *a maiori* se riferita anche alla sanzione penale conseguente al reato d'ingresso irregolare, previsto in alcuni ordinamenti, fra cui – notoriamente – l'Italia. Non è, tuttavia, questa la sede per sviscerare tali dinamiche, che verranno più compiutamente analizzate nel prosieguo della presente indagine. Per il momento, si rinvia a C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 149.

rimpatrio⁹⁵.

Per ciò che concerne le modalità di allontanamento, ai sensi dell'art. 6, ogni straniero che soggiorni in modo irregolare deve essere soggetto ad una decisione di rimpatrio, a meno che lo straniero possa essere ammesso in un altro Stato membro. La competenza nel fissare i requisiti richiesti ai fini della regolarità di un soggiorno rimane - com'è prevedibile - ferma in capo agli Stati. Una volta che sia accertato che il soggiorno è irregolare alla luce della normativa nazionale, la Direttiva provvede a stabilire quali siano le modalità del rimpatrio.

In base all'art. 7, l'esecuzione della decisione di rimpatrio è, di regola, affidata, all'istituto della partenza volontaria: è la stessa decisione di rimpatrio a fissare un periodo congruo – di durata compresa tra i sette e i trenta giorni – per la partenza volontaria dello straniero. Per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti allo straniero obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga⁹⁶.

Ancora, se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni.

Pertanto, nella disciplina dettata dalla Direttiva rimpatri, da un lato, la modalità ordinaria di esecuzione del rimpatrio non ha carattere coercitivo, dall'altro, forme coercitive possono essere disposte solo sulla base di una valutazione individualizzata relativa allo specifico caso (e, dunque, non solo sulla base di astratte previsioni e/o presunzioni)⁹⁷.

Un cenno va fatto, da ultimo, alla connessa disciplina del trattenimento ai fini

⁹⁵ G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" (art. 10 bis T.U. I.M.M.) e la "Direttiva Rimpatri"*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

⁹⁶ In base al citato art. 7, possono, in particolare, essere imposti: l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo.

⁹⁷ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

dell'allontanamento. In base all'art. 15 della direttiva in commento, il trattenimento può essere disposto in difetto, nel caso concreto, di altre misure sufficienti e meno coercitive, per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, quando sussista un pericolo di fuga ovvero il cittadino straniero eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. La durata del trattenimento non può, di regola, superare i sei mesi ma, in caso di mancata cooperazione da parte dello straniero o - si badi - di ritardi nell'ottenimento della documentazione necessaria dai paesi terzi, può essere prorogata di ulteriori dodici mesi⁹⁸.

Nonostante nell'architettura della Direttiva il trattenimento, almeno formalmente, non possa essere considerato la modalità normale attraverso la quale eseguire una decisione di allontanamento, il contenuto dell'art. 15 ha rappresentato, e rappresenta tuttora, uno dei profili più controversi e criticati della Direttiva, in considerazione della durata del trattenimento, come detto, estendibile fino a diciotto mesi⁹⁹.

Nonostante la dichiarata finalità di tutelare i diritti fondamentali dello straniero, la scelta dell'Unione europea, almeno per ciò che concerne l'analizzata Direttiva rimpatri, sembra piuttosto privilegiare un approccio - sostanzialmente - repressivo alla questione degli ingressi irregolari, con l'adozione di misure tecniche miranti al perseguimento dell'obiettivo dell'allontanamento¹⁰⁰ e, con ogni probabilità, carenti di un reale

⁹⁸ Come rilevato da più parti, una detenzione amministrativa protratta – anche per cause del tutto indipendenti dalla volontà dell'interessato – per diciotto mesi, rileva non solo un'armonizzazione *de minimis*, ma anche un'armonizzazione al ribasso sul piano dei diritti fondamentali dello straniero. Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

⁹⁹ Secondo alcuni, tale direttiva ha, nei fatti, consolidato un processo di regressione nella tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione Europea, provocando una profonda erosione dei diritti e delle libertà, compromettendo la stessa tenuta delle istituzioni dello Stato di diritto. Si è parlato, a tale proposito di “*Direttive dell'infamia*” e di “*Direttiva della vergogna*”. Sul punto, si rinvia a H.C. SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersone nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss. (trad. it a cura di Giuseppe Campesi) e a C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 147.

¹⁰⁰ Come si spiegherà nel prosieguo, sin dall'inizio, è emersa l'esistenza di due poli contrapposti: da un lato, quello dell'efficienza del sistema di rimpatrio e, dall'altro, quello

coordinamento con le altre norme europee ed internazionali¹⁰¹.

Sulla direttiva rimpatri si focalizzerà, nuovamente, l'attenzione quando si tratterà della trasposizione della stessa nel diritto interno e dei – molteplici – profili di incompatibilità con la disciplina italiana in tema di esecuzione dei provvedimenti di espulsione, oltre che con riferimento ad alcune fattispecie incriminatrici, fra cui il c.d. reato di clandestinità.

4. L'evoluzione della legislazione italiana in materia di immigrazione. Cenni

Dalle considerazioni che precedono appare, a questo punto, chiaro come spetti agli ordinamenti nazionali, nella sostanza, il potere di disciplinare i flussi migratori.

Ripercorrere l'evoluzione della normativa in materia immigrazione significa, pertanto, cercare di tracciare i criteri che negli anni sono stati utilizzati dal legislatore per regolare un fenomeno in continua crescita.

In termini generalissimi, nel disciplinare la materia, di tipo essenzialmente amministrativo, è data al legislatore la possibilità di ricorrere - anche - a norme penali ai fini del controllo dei flussi migratori.

Con specifico riferimento all'evoluzione della normativa italiana in materia di immigrazione, si è assistito - come si vedrà a breve - ad una dilatazione del ricorso, non solo ai classici strumenti amministrativi, ma alle sanzioni penali a tutto campo, passando da interventi selettivi ad una sempre più rigorosa repressione dell'inosservanza dei provvedimenti di espulsione (e del divieto di reingresso) per arrivare ad un'assoluta novità per l'ordinamento italiano: il c.d. reato di clandestinità¹⁰².

Com'è stato rilevato, la normativa italiana costituisce, in questa prospettiva, un

della tutela dei diritti fondamentali dello straniero. La tensione fra questi due poli - come si vedrà - si è poi scaricata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹⁰¹ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 152.

¹⁰² P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

“clamoroso esempio di espansione incontrollata della normativa penale”¹⁰³.

Soprattutto nella fase più recente dell'evoluzione della legislazione, si registra il convulso susseguirsi di normative - tese ad introdurre nuove forme di espulsione, nuovi strumenti esecutivi degli allontanamenti, nuove fattispecie di reato, nuove circostanze aggravanti, nuove ipotesi di arresto, ecc. - accompagnato, da un lato, da una serie di declaratorie di illegittimità costituzionale, relative anche a segmenti di rilievo centrale delle discipline via via adottate¹⁰⁴, dall'altro, da pronunciamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che hanno inciso - più o meno sensibilmente - sulla normativa *de qua*.

Tanto doverosamente premesso, la necessità di predisporre una serie di strumenti di controllo degli ingressi in Italia nasce in tempi relativamente recenti, in conseguenza del progressivo intensificarsi del fenomeno dell'immigrazione. Solo negli anni Settanta, l'Italia, da paese di emigrazione, diviene paese di immigrazione¹⁰⁵: fu proprio tale trasformazione ad imporre

¹⁰³ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

¹⁰⁴ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 14.

¹⁰⁵ L'Italia, sia per la sua posizione geografica (al centro di importanti canali migratori), sia per la sua conformazione morfologica (caratterizzata da frontiere costiere più difficilmente controllabili), ha manifestato la necessità di frequenti interventi legislativi da circa vent'anni. Plurime le ragioni che hanno innescato, almeno agli albori, il fenomeno migratorio. In primo luogo, va considerato che il nostro Paese attraversava (e, probabilmente, attraversa tuttora) una vera e propria stasi demografica; sull'altra sponda del Mediterraneo e dall'Oriente (ogni giorno meno “*estremo*” e più vicino a noi), si affacciavano popolazioni con una composizione anagrafica molto diversa dalla nostra, caratterizzata da un perdurante sviluppo demografico, che spingevano sui nostri confini, o meglio sui confini del c.d. spazio Schengen. Non va poi trascurato il fatto che l'ingresso nel territorio italiano di immigrati era legato, almeno all'inizio, anche a ragioni ben precise di convenienza economica interna. Il mercato del lavoro in Italia, infatti, era ampiamente segmentato e presentava vere e proprie ‘nicchie’ (basti pensare al lavoro domestico, all'assistenza ad anziani e disabili, a taluni lavori usuranti), nelle quali alla domanda di lavoro non corrispondeva che in minima parte l'offerta di manodopera nazionale. Il tutto accompagnato dal fatto che, mentre la cultura lavoristica italiana pareva essere ancora legata allo schema del “*posto fisso*” e connotata da un certo immobilismo e da una certa rigidità, il lavoratore extracomunitario si presentava come più duttile, adattandosi con maggior facilità ad un sistema di lavoro dinamico e flessibile. Queste considerazioni restano in parte valide anche adesso, ma alle stesse si sono aggiunte, negli ultimi anni, ragioni invero molto diverse: si allude agli eventi noti con il nome di «*Primavera*

un complessivo rimodellamento della normativa sulla condizione giuridica dello straniero.

Si possono identificare gli albori della legislazione italiana in materia di immigrazione¹⁰⁶ nella legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante “*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*”¹⁰⁷, poi seguita dal decreto-legge 30 dicembre 1989 (“*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, con la legge 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. Legge Martelli)¹⁰⁸.

araba», espressione di origine giornalistica, utilizzata perlopiù dai *media* occidentali per indicare una serie di proteste ed agitazioni cominciate già durante l’inverno 2010/2011 e in parte tuttora in corso nelle regioni del Medio Oriente, del vicino Oriente e del Nord Africa; si allude ai moti rivoluzionari ed alle guerre civili scoppiate altrove (basti pensare a quanto recentemente accaduto in Siria). Non è questa la sede per sviscerare tali dinamiche: si intende - esclusivamente e per il momento - rilevare che le ragioni che conducono, oggi, all’emigrazione imponenti masse di persone non sono più, o non sono solo, legate a questioni di convenienza economica *tout court*. Sul punto si avrà modo di ritornare nel corso della trattazione.

¹⁰⁶ Fino a quel momento, il tratto saliente della condizione giuridica dello straniero nel nostro Paese era rappresentato dall’estrema lacunosità della disciplina di rango legislativo, lacunosità alla quale corrispondeva – specularmente – un’assai ampia discrezionalità amministrativa, che sul versante normativo si manifestava attraverso la c.d. disciplina per circolari. Sul punto, si rinvia a A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 14 e ss.

¹⁰⁷ Con la legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante “*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*”, in via di estrema sintesi, si stabiliscono il diritto al ricongiungimento familiare, la parità di trattamento tra lavoratori italiani e lavoratori stranieri, nonché alcuni principi generali per l’accesso ai servizi pubblici. La legge n. 943 del 1986 non prevedeva un meccanismo generale di programmazione dei flussi, ma era finalizzata principalmente a disciplinare l’immigrazione per motivi di lavoro subordinato. Lo strumento di regolarizzazione del cittadino straniero si basava sull’incontro preventivo tra domanda di lavoro interna ed offerta di lavoro extracomunitaria, limitata al previo «*accertamento di indisponibilità di lavoratori italiani e comunitari*».

¹⁰⁸ Il decreto-legge 30 dicembre 1989 (“*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, con la legge 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. Legge Martelli), dal punto di vista del contenuto, ha segnato un passaggio fondamentale della legislazione da un’ottica rivolta principalmente a soddisfare le esigenze del mercato del lavoro ad un politica complessiva sull’immigrazione, introducendo, da un lato, il meccanismo della “*programmazione dei flussi*” e disegnando, dall’altro, l’ossatura fondamentale della disciplina del soggiorno degli stranieri in Italia. A presidio delle norme dettate in materia di ingresso e di soggiorno la legge introdusse un apparato sanzionatorio incentrato su fattispecie delittuose di nuovo conio nonché sugli istituti del respingimento alla frontiera e dell’espulsione. Dal primo punto di vista, va segnalata l’introduzione del reato di

La vicenda delle immigrazioni era ancora recepita, tutto sommato, con una certa benevolenza¹⁰⁹.

È solo a partire dai primi anni '90¹¹⁰ che si susseguono una serie di interventi dettati, a questo punto, da vere e proprie logiche emergenziali: ben presto il fenomeno immigratorio assume, nella rappresentazione dei *media* e nel dibattito politico, la fisionomia di un'invasione, da affrontare, in quanto tale, con strumenti adeguati, quelli tipici dell'ordine pubblico¹¹¹.

La storia successiva della disciplina dell'immigrazione si muove, sostanzialmente, lungo tre direttrici: la proliferazione delle figure di espulsione, la stretta sull'esecuzione dei provvedimenti e, nella fase più recente, la criminalizzazione di condotte incentrate sullo *status* di irregolarità¹¹².

Nel novembre del 1995, il Governo Dini adottò, sull'onda dell'ennesima emergenza¹¹³ immigrazione, il d.l. n. 489, che, reiterato ben cinque volte, alla fine non fu convertito. Nonostante lo sfortunato *iter* legislativo, gran parte del dibattito sviluppatosi tra il 1995 e il 1996 (in particolare, con riferimento all'elaborazione di diverse tipologie di espulsione e all'introduzione di strutture in cui trattenere le persone in attesa di espulsione) sarà messo a frutto nel

favoreggiamento all'immigrazione clandestina che puniva, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire due milioni, salvo che il fatto costituisse più grave reato, «*chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto*» (art. 3 comma 8).

¹⁰⁹ In una prima fase, l'ingresso di lavoratori stranieri non viene propriamente osteggiato, anzi in qualche modo viene agevolato: agli albori, infatti, la loro presenza viene considerata funzionale alle esigenze di manodopera esistenti. Com'è stato rilevato, il lavoratore straniero era considerato "*voluto ma non benvenuto*" ("*wanted but not welcome*"): in altre parole, era desiderato come lavoratore, ma - già - indesiderabile come cittadino; si trattava, come detto, di assolvere al bisogno di manodopera a basso costo. Per tali considerazioni, si rinvia a I. POSSENTI, *Attrarre e respingere. Il dispositivo di immigrazione in Europa*, Pisa, 2012, p. 56.

¹¹⁰ Merita di essere rilevato che, da un punto di vista politico, il decennio inaugurato dalla legge Martelli si caratterizza per una forte instabilità che si riflette sulla normativa in materia di immigrazione in un susseguirsi di decreti legge mai convertiti e in un progetto di legge, frutto del lavoro di un gruppo di esperti, presieduto dall'allora ministro degli Affari Sociali Fernanda Contri, mai presentato al Parlamento per il sopraggiungere delle elezioni politiche del 1994.

¹¹¹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 14 e ss.

¹¹² A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 16.

¹¹³ Sulla logica italiana dell'emergenza, interessanti le considerazioni di S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005.

successivo testo legislativo del 1998 che attuerà il vero riordino della materia. Con il crescere del numero degli stranieri presenti sul territorio italiano, si è resa inevitabile l'attuazione, seppur *de minimis*, dell'art. 10, comma 2, Cost., attraverso una normativa sull'ingresso, il soggiorno, l'allontanamento e alcune altre vicende della vita degli stranieri in Italia e, più in generale, capace di delineare un quadro completo della loro condizione giuridica. Così, con la legge 6 marzo 1998, n. 40, recante "*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*" (c.d. legge Turco-Napolitano) - poi confluita nel d.lgs. n. 286 del 1998 (d'ora in avanti, T.U. I.M.M.), col quale si è provveduto ad un riordino di tutta la normativa di rango primario in materia, accorpandola in un testo unico¹¹⁴ - si è portato a termine il processo avviato con la legge Martelli. Si è trattato, con ogni probabilità, del primo intervento organico sulla disciplina dell'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero, costruendo la disciplina degli ingressi sul c.d. sistema delle quote, ovvero su un meccanismo di regolazione degli ingressi per motivi di lavoro avente come fine principale quello di modulare i flussi migratori in rapporto ad un bilanciamento di interessi, i cui fattori in gioco sono il fabbisogno di manodopera, le entrate contributive, i costi sotto il profilo socio-assistenziale e il controllo, complessivamente inteso, sui fenomeni connessi ai movimenti migratori¹¹⁵.

A fronte di rilevanti innovazioni, viene peraltro in luce un profilo essenziale, della legislazione del 1998 e di quella successiva: la riconducibilità della stessa ad una logica binaria caratterizzata, non solo in Italia, da politiche di integrazione nella definizione della posizione giuridica degli stranieri regolari, e

¹¹⁴ Si tratta, in particolare, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, "*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*", d'ora in poi T.U. I.M.M.

¹¹⁵ Il testo unico del 1998, quanto al sistema delle quote, subordinava la possibilità di ingresso regolare nel nostro paese all'incontro a livello planetario tra domanda e offerta di lavoro: senza entrare nel dettaglio, emerge con tutta evidenza l'astrattezza e l'estrema macchinosità delle procedure d'ingresso ispirate a siffatta impostazione e la loro assoluta inadeguatezza a governare, in termini di effettività, fenomeni come quelli migratori. Sul punto, si rinvia a A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 6 e ss.

da politiche di rigore nel trattamento degli stranieri irregolari¹¹⁶.

La disciplina del soggiorno dello straniero non è riuscita, da questo punto di vista, ad emanciparsi dalla visione dell'«*immigrato quale ospite in prova perpetua*»¹¹⁷. Ed infatti, il passaggio dallo *status* di regolare a quello di irregolare poteva (e può) avvenire con estrema facilità, grazie non solo alla difficoltà obiettiva di acquisire e conservare i requisiti necessari al rinnovo dei titoli di soggiorno, ma anche alla farraginosità delle procedure amministrative, affidate alla gestione dell'autorità giudiziaria. Al contrario, il passaggio dalla condizione di irregolare a quella di regolare è – salvo l'intervento di una sanatoria generale – precluso dall'assenza di meccanismi di regolarizzazione permanente degli ingressi o dei soggiorni irregolari fondati sul decorso del tempo e su indici di integrazione, quali la mancata commissione di reati e il raggiungimento *ex post* delle condizioni che avrebbero giustificato il conseguimento del titolo abilitativo¹¹⁸.

L'ulteriore tassello dell'impianto normativo, così delineato, è costituito dall'attribuzione all'espulsione del ruolo di strumento pressoché esclusivo di risposta alle diverse situazioni di irregolarità, in un contesto in cui la questione

¹¹⁶ La riforma si propone, infatti, un duplice obiettivo: da un lato, favorire in tutti i modi la proficua integrazione nel tessuto sociale italiano degli stranieri extracomunitari regolarmente entrati e soggiornanti nel nostro paese, dall'altro lato, opporre un'efficace sbarramento al fenomeno dell'immigrazione clandestina ed allo sfruttamento criminale dei flussi migratori. Si tratta della citata “*logica binaria*”, carattere comune alle politiche migratorie della maggior parte dei paesi europei nel corso degli anni novanta, la quale si può riassumere con la formula “*integrazione per i regolari e rigore per gli irregolari*”.

¹¹⁷ PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, in *Questione Giustizia*, 1999, pp. 1 e ss.

¹¹⁸ Come sopra anticipato, in Italia come altrove, l'irregolarità dello straniero non costituisce un dato ontologico, ma è fissata da soglie legislative. Come è stato da più parti osservato, la complicata e farraginoso disciplina amministrativa italiana dell'immigrazione è particolarmente severa e rigida: i flussi ammessi sono ridotti e fondamentalmente condizionati alla presenza di un contratto di lavoro, e - come detto - non esistono meccanismi stabili di regolarizzazione degli immigrati irregolari. In altre parole, è la stessa legislazione italiana in materia di immigrazione a produrre irregolarità. Il netto discrimine tra immigrati regolari e immigrati irregolari si è tradotto in una straordinaria rigidità della normativa sulla condizione dello straniero irregolare, cui è sempre, o quasi, precluso il passaggio alla condizione di regolarità; al contrario, la strada che conduce dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità è ben facilmente percorribile, data la difficoltà per il migrante di conservare le condizioni necessarie al rinnovo dei titoli abilitativi al soggiorno. Sul punto, si rinvia a A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 83 e ss. e ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 219 e ss.

dell'effettività delle misure di allontanamento si è dimostrata, oggettivamente, irrisolvibile. A sua volta, l'impossibile effettività delle espulsioni si è tradotta, negli interventi successivi alla legge del 1998, nella corsa al rialzo delle misure amministrative e degli istituti penalistici preordinati all'esecuzione degli allontanamenti¹¹⁹.

Per ciò che, in particolare, concerne l'obiettivo di opporre un efficace sbarramento ad ogni forma di immigrazione clandestina, sono stati dedicati a tal fine, essenzialmente, tre strumenti:

- il respingimento alla frontiera (art. 8);
- l'espulsione amministrativa (artt. 11-14);
- le sanzioni contro l'immigrazione clandestina (art. 10).

Tali strumenti non rappresentarono una novità assoluta per l'ordinamento giuridico italiano essendo già previsti dalla legislazione previgente; la disciplina si è posta in linea di continuità col passato, in particolare ricalcando lo scheletro della legge Martelli.

Come detto, le innovazioni riguardarono principalmente il campo di operatività e l'entità dell'intervento repressivo secondo gli strumenti già vigenti, all'interno della medesima "*filosofia dell'ordine pubblico*", vera e propria costante in materia¹²⁰.

In generale e senza entrare nei dettagli, più ampio e articolato diviene il campo di operatività dell'istituto del respingimento alla frontiera.

La disciplina dell'espulsione, sostanzialmente, ricalca quella della "Legge Martelli"¹²¹. Nella nuova disciplina, tuttavia, le ipotesi di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica divengono più numerose rispetto al passato.

¹¹⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 18.

¹²⁰ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 74.

¹²¹ Si prevedono, in particolare, due figure di espulsione amministrativa (una di competenza ministeriale, prevista per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, ed una di competenza prefettizia) e due di espulsione giudiziaria (una a titolo di misura di sicurezza ed una a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione).

Ove non fosse possibile eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, ovvero il respingimento, per procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, era previsto che il Questore disponesse il trattenimento dello straniero per il tempo strettamente necessario (al massimo 20 giorni, prorogabili a 30) presso il centro di permanenza temporanea e assistenza (art. 12 comma 1).

Per quel che riguarda le fattispecie penali, ciò che in questa sede maggiormente interessa è la mancata autonoma previsione - per il momento - di un reato di immigrazione clandestina, legata alla semplice presenza clandestina sul territorio della nazione¹²².

Successivamente all'entrata in vigore della legge Turco-Napolitano, l'immigrazione ha continuato ad essere percepita come un "*problema sociale*", bisognoso di interventi normativi¹²³. Il disegno riformatore della disciplina è stato portato a termine con la legge 30 luglio 2002, n. 189, recante "*Modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*" (c.d. legge Bossi-Fini)¹²⁴.

È questo uno snodo centrale nell'evoluzione della disciplina in materia di

¹²² Ad ogni modo, il legislatore, con tale atto normativo, ha provveduto a dettare una disciplina indubbiamente ispirata al rigore repressivo. Da un lato, i limiti edittali previsti per le fattispecie penali già in vigore sono stati generalmente inaspriti, dall'altro, sono state introdotte nuove ipotesi di reato quali: l'agevolazione all'ingresso dell'immigrazione clandestina finalizzato alla reclutamento di persone da destinare alla prostituzione e allo sfruttamento della stessa, ovvero quando l'ingresso riguardi minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento (comma 3); il favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato di immigrati clandestini al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità degli stessi, o comunque dal compimento delle attività punite dall'art. 10 (comma 5).

¹²³ R. GAROFOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 656.

¹²⁴ Tale legge costituisce l'ultimo intervento di ampio respiro che il legislatore ha posto in essere in materia di immigrazione, sebbene non siano mancati, come si vedrà a breve, altri atti, anche molto rilevanti, recanti discipline più circoscritte. Si apre, infatti, un lungo periodo caratterizzato da modifiche legislative parziali, ma continue e che, ad ogni modo, incidono pesantemente sulla condizione giuridica dello straniero.

immigrazione¹²⁵: la legge Bossi-Fini segna una profonda revisione degli istituti connessi alla gestione dell'immigrazione irregolare.

Muta in radice l'impostazione delle misure finalizzate all'esecuzione dell'espulsione, misure che esaltano la dimensione coercitiva per il tramite, da un lato, dell'attribuzione all'accompagnamento coattivo del ruolo di regola all'esecuzione e, dall'altro, del prolungamento della durata massima del trattenimento amministrativo¹²⁶.

Ma soprattutto, per quanto qui interessa, muta il ruolo del diritto penale nella complessiva disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero, un ruolo che acquista una dimensione centrale soprattutto attraverso l'introduzione del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore e la costruzione di un meccanismo incentrato sul passaggio dall'espulsione all'ordine di allontanamento del questore, dall'incriminazione della sua inottemperanza all'arresto, dal giudizio direttissimo, nuovamente, all'espulsione¹²⁷.

Ad ogni modo, per ciò che qui maggiormente interessa, la legge Bossi-Fini non arriva - ancora - a sanzionare penalmente il semplice ingresso e soggiorno dello straniero in condizione di clandestinità, nonostante fosse stata accarezzata più volte tale possibilità.

Le innovazioni apportate dal legislatore del 2002, peraltro, non hanno riguardato solo il pur decisivo segmento della normativa dell'immigrazione irregolare ma hanno investito anche la stessa disciplina degli ingressi e del soggiorno.

Senza entrare nel dettaglio della disciplina, ciò che qui maggiormente interessa

¹²⁵ Basti considerare come, nella relazione di accompagnamento, la legge dichiara – apertamente – di porsi gli obiettivi di «fermare l'invasione» e «aumentare l'efficacia delle misure contro l'immigrazione illegale».

¹²⁶ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 18.

¹²⁷ All'intreccio tra dimensione penalistica e dimensione amministrativa che caratterizza tale meccanismo si accompagnerà la rilevanza pratica dell'introdotta reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine amministrativo di allontanamento, che, di lì a poco, nel quotidiano della giustizia penale, assumerà un ruolo di indiscusso protagonismo. Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 19.

è che viene portata alle estreme conseguenze quella logica binaria sulla quale ci si è già soffermati poco sopra: nella sostanza, viene drasticamente irrigidita sia la disciplina degli ingressi che quella del soggiorno¹²⁸, provocando, con ciò, un inevitabile aumento, per le ragioni sopra spiegate, dell'immigrazione irregolare. Gli interventi legislativi successivi si sono mossi, sostanzialmente, lungo le linee-guida tracciate dalla riforma del 2002, dando, peraltro, vita ad ulteriori torsioni di non poco conto, anche in ordine alla razionalità complessiva della disciplina¹²⁹.

Si segnala, tra le altre, la novella del 2004 (d.l. 14.9.2004, n. 241, convertito, con modificazioni, nella l. 12.11.2004, n. 271), che ha previsto, tra l'altro, la competenza del giudice di pace per la convalida del provvedimento di trattenimento nei centri di permanenza temporanea, così come per la convalida dell'accompagnamento coattivo¹³⁰.

Le più recenti, e più rilevanti nell'ambito della presente riflessione, tappe dell'evoluzione della legislazione sono, peraltro, scandite dai pacchetti-sicurezza del 2008 e del 2009, dettati dall'esigenza di intensificare il livello di

¹²⁸ Dal punto di vista della disciplina degli ingressi, in via di estrema sintesi: è stata abrogata la norma sulla reiterazione automatica, in caso di mancata emissione dei decreti di programmazione annuale dei flussi, delle quote di ingresso previste per l'anno precedente; è stato soppresso il c.d. *sponsor*, ossia la prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro, strumento, questo, che consentiva di svincolare in parte l'ingresso legittimo dalla regola dell'incontro a livello mondiale tra domanda e offerta di lavoro; è stato notevolmente ridimensionato il diritto al ricongiungimento familiare. Dal punto di vista della disciplina del soggiorno, la novella del 2002 ha ridotto il periodo minimo di iscrizione nelle liste di collocamento concesso al lavoratore straniero che ha perso il posto di lavoro per trovarne uno nuovo e, soprattutto, ha introdotto il «*contratto di soggiorno*», requisito essenziale per il conseguimento e la conservazione del permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

¹²⁹ La Corte costituzionale è intervenuta sulle più gravi violazioni dei diritti fondamentali, in particolare con le sentenze n. 222 e 223 del 2004 sulla disciplina dell'accompagnamento nei casi di inottemperanza all'ordine del questore, con lo specifico invito al legislatore di intervenire conformemente in materia. Il legislatore, per tutta risposta, è intervenuto con la legge n. 271/2004, di cui si dirà a breve, in senso esattamente contrario ai dettami dei giudici della Consulta modificando da contravvenzione a delitto l'illegale rientro e ingiustificato trattenimento nel territorio dello stato.

¹³⁰ Nel prosieguo, verranno fatte talune considerazioni in merito alla competenza del giudice di pace in materia di immigrazione. Basti, adesso, rilevare come il giudice di pace, com'è stato da più parti osservato, è tradizionalmente individuato come il giudice della conciliazione; l'esclusione, fra le altre cose, della sospensione condizionale della pena priva, con ogni probabilità, la giurisdizione penale del giudice di pace di qualsiasi prospettiva di conciliazione. Per tutti, A. CAPUTO, *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), Bologna, 2011, pp. 155 e ss.

tutela della sicurezza pubblica e ampiamente proiettati, per ciò che in questa sede rileva, sul terreno penalistico.

Il pacchetto-sicurezza con il quale ha esordito, sul terreno dell'immigrazione, la XVI legislatura (d.l. 23.5.2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla l. 24.7.2008, recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”) presenta, come anticipato, una massiccia connotazione penalistica, tradottasi nell'introduzione della circostanza aggravante della presenza illegale nel territorio dello Stato *ex art. 61 n. 11-bis*¹³¹, nella dilatazione dei presupposti applicativi dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza, nell'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12 comma 5-*bis* T.U. I.M.M., e in una serie di altri interventi sui reati previsti dal testo unico.

Successivamente, il pacchetto-sicurezza del 2009 (l. 15.7.2009, n. 94, recante “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”) ha previsto, in linea con le tendenze in atto, sul versante amministrativo la dilatazione fino a centottanta giorni della durata massima del trattenimento amministrativo (in quelli che vengono ribattezzati, col primo pacchetto-sicurezza, “centri di identificazione ed espulsione”¹³²). Sul piano penalistico, al di là delle molteplici modifiche a fattispecie già previste dal testo unico (alcune delle quali di grande rilievo, come quelle relative alla figura dell'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore), ciò che qui rileva è - soprattutto - l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 *bis*), quello che è stato definito, come sopra anticipato, «*un clamoroso esempio di*

¹³¹ Si avrà modo, nel prosieguo, di focalizzare l'attenzione sulla detta aggravante, dichiarata incostituzionale con sentenza n. 249/2010 della Corte Costituzionale. Basti in questa sede rilevare come la detta circostanza aggravante comune, così come costruita, importasse un aumento di pena fino ad un terzo nel caso in cui il colpevole avesse commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale, trovando, pertanto, applicazione a prescindere dall'accertata pericolosità del soggetto e, anzi, introducendo una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità fondata sulla mera presenza nel territorio dello Stato in violazione della disciplina amministrativa *ex art. 1 T.U. I.M.M.*

¹³² Il passaggio, dal punto di vista terminologico, da “*centri di permanenza temporanea*” a “*centri di identificazione ed espulsione*” porta con sé importanti conseguenze quanto alla percezione collettiva del fenomeno migratorio. Ci si è già soffermati sul lessico utilizzato in materia di immigrazione ma l'argomento sarà nuovamente e più dettagliatamente affrontato nel secondo capitolo, laddove ci si soffermerà sul rapporto tra *mass media* e percezione dell'immigrazione e sulla funzione, spesso simbolica, del diritto penale.

espansione incontrollata della normativa penale»¹³³.

Per l'esame del reato di ingresso illegale si rinvia ai capitoli successivi. Basti, adesso, rilevare come la norma costituisca un'innovazione radicale nella disciplina dell'immigrazione, basata - sino all'entrata in vigore del pacchetto-sicurezza del 2009 - sull'illiceità solo amministrativa dell'ingresso illegale.

Va, da ultimo, segnalata la più recente riforma del 2011 (d.l. 23.6.2011, n. 89, convertito con l. n. 129/2011), imposta in realtà dalla necessità di dare attuazione alla Direttiva rimpatri, necessità divenuta impellente dopo la pronuncia della Corte di Giustizia che ha sancito l'incompatibilità, rispetto alla direttiva, della disciplina italiana dei reati collegati con l'espulsione¹³⁴.

La modifica di maggior rilievo, determinata dalle indicazioni fornite dalla normativa comunitaria, consiste nella previsione della partenza volontaria quale modalità ordinaria di esecuzione dei provvedimenti espulsivi¹³⁵.

¹³³ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

¹³⁴ La Corte di Giustizia è, in particolare, intervenuta in merito alla compatibilità del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emanato dal questore, ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter T.U. I.M.M. con la Direttiva rimpatri. Con la sentenza del 28 aprile 2011 (C-61/11 P.P.U., caso *Sagor*), i giudici comunitari, dopo aver ricostruito il quadro normativo della questione, hanno ricordato che, dall'economia generale della direttiva, discende per gli Stati membri la possibilità di derogare alle norme ed alle procedure solo introducendo o mantenendo disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare rispetto a quelle stabilite dalla direttiva (art. 4, n. 3), giammai applicando norme più severe nell'ambito disciplinato dalla stessa. Da qui la necessaria conseguenza che *“gli Stati non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo [...], una pena detentiva, come quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale”*, dovendo, al contrario, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio. Tale pena, prosegue la Corte, *“rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare”*. In conclusione, la Corte afferma che al giudice del rinvio *“spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contrario al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo”*. Sull'impatto, invero dirompente, della sentenza *de qua* si avrà modo di focalizzare nuovamente l'attenzione nel corso della presente trattazione. Basti, ora, rilevare come la stessa abbia inciso grandemente sull'intelaiatura generale dei reati collegati all'espulsione.

¹³⁵ Quanto alle misure coercitive necessarie ad eseguire la decisione di rimpatrio, e meno afflittive rispetto al trattenimento, la nuova disciplina prevede invero una certa gradualità: nelle ipotesi in cui sia stato concesso il termine per la partenza volontaria, è previsto che il questore chieda allo straniero di *“dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso”* e che possa, altresì, disporre le

Sul versante penalistico, si assiste ad un sensibile ridimensionamento del ruolo della sanzione penale nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione ma si è trattato di un ridimensionamento realizzato, non già attraverso l'abrogazione delle varie fattispecie incriminatrici dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 T.U. I.M.M.), ma con la riformulazione delle fattispecie stesse e con la sostituzione della pena comminata da detentiva in pecuniaria¹³⁶. Una scelta siffatta, ovvero quella del superamento della pena detentiva, è peraltro il frutto delle rime obbligate scandite dalla Corte di Giustizia¹³⁷.

Il legislatore italiano, di converso, ha ritenuto - quasi a voler compensare il venir meno della sanzione detentiva - di modificare, di fatto triplicandolo, il termine di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione, durata che, in linea con quanto previsto dalla direttiva rimpatri, può ora protrarsi fino a diciotto mesi¹³⁸.

Sul delicato rapporto tra ordinamento interno e Direttiva rimpatri si avrà la possibilità di focalizzare nuovamente l'attenzione nel prosieguo della

misura della consegna del passaporto, dell'obbligo di dimora e dell'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica. Nel caso in cui non sia possibile eseguire immediatamente il rimpatrio, il questore può decidere di applicare tali misure, in luogo del trattenimento nei C.I.E.

¹³⁶ Secondo taluno, l'adeguamento del diritto nazionale al diritto di fonte europea non ha eliminato le istanze ispiratrici della gran parte della legislazione penale in materia, rintracciabili soprattutto nella volontà di azzerare il pericolo rappresentato da chi abbia fatto illegalmente ingresso nel territorio nazionale, o da chi vi sia irregolarmente rimasto. Com'è stato rilevato, al contrario "il pieno recepimento della normativa sovranazionale ha finito con il legittimare le scelte repressive del legislatore italiano, accentuandone i profili di irrazionalità rispetto alle funzioni della pena". E ancora, il sistema delle incriminazioni avrebbe, piuttosto, assunto una connotazione "ipocrita", considerato che al ridimensionamento dato dalla sostituzione della pena, da detentiva a pecuniaria, non ha fatto seguito un reale cambiamento di rotta del sistema complessivo, rimasto nella sostanza immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi e i principi del diritto penale liberale. Per tali considerazioni, si rinvia a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

¹³⁷ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 21.

¹³⁸ Come già rilevato, da questo punto di vista, la Direttiva rimpatri ha condotto non solo un'armonizzazione *de minimis*, ma anche un'armonizzazione al ribasso sul piano dei diritti fondamentali dello straniero. Si è reso possibile, per quanto qui rileva, procedere ad una sostanziale triplicazione dei termini di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione. Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

trattazione.

Per il momento, preme esclusivamente rilevare come nella disciplina dell'immigrazione, com'è agevole evincere dalle considerazioni che precedono, si sia assistito, in maniera paradigmatica, ad un ricorso sempre più esteso da parte del legislatore all'armamentario penalistico e come l'introduzione di un'aggravante di clandestinità e di un reato di immigrazione illegale altro non siano che l'esito di un processo di ampliamento dell'area dell'intervento penale già in corso da anni¹³⁹.

5. *Dal diritto penale del fatto al diritto penale d'autore: un mutamento di paradigma del diritto penale?*

A questo punto, la questione che si pone concerne come si debba qualificare a livello teorico-sistematico il fenomeno *de quo*, a partire dalle categorie giuridiche basilari dell'intervento penale e nel solco della tutela dei diritti, quali fondamento e limite dell'intervento penale stesso.

Detto in altri termini, il sistema penal-amministrativo italiano dell'immigrazione rivela le tracce di un diritto penale d'autore? Le tracce di un diritto penale dove la ragione d'essere della punibilità non consiste nel fatto commesso, ma - appunto - nel tipo d'autore¹⁴⁰?

E con particolare riferimento all'introdotta reato di clandestinità, assistiamo realmente, come autorevolmente affermato, ad un grave mutamento di paradigma del diritto penale¹⁴¹? Su un piano di politica criminale attenta agli

¹³⁹ In generale sulla "tendenza espansionistica" del diritto penale, si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005, 1997; J. M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004.

¹⁴⁰ Sul concetto di diritto penale d'autore, si rinvia M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 119.

¹⁴¹ Risponde positivamente a tale quesito L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 9 e ss. Secondo l'A., la penalizzazione, con il reato di clandestinità, non di un fatto, ma di una condizione di *status*, violerebbe "tutti i principi basilari del diritto penale: in primo luogo il principio di legalità, in forza del quale si può essere puniti solo per ciò che si è fatto e non per ciò che si è, per fatti illeciti e non per le identità personali; in secondo luogo il principio di uguaglianza, che esclude ogni discriminazione «di condizioni personali e sociali» e quello della (uguale) dignità delle persone; infine i principi di offensività e di

interessi in conflitto, la penalizzazione di una condizione di *status*, non di un fatto, rappresenta davvero una scelta ragionevole?

E ancora.

È questo un diritto penale differenziato? Un diritto penale discriminatorio, perché governato dalle categorie dell'indebolimento e dell'esclusione *tout court* dell'immigrato, sia esso regolare o irregolare?

Ma prima ancora, ci si deve arrestare a tale constatazione dell'esistenza di un binario differenziato costruito per l'immigrato? Si deve cercare di limitarlo, per quanto possibile, forse “domandolo”? In sintesi: è legittimo?

Le questioni fondamentali poste dalla legislazione italiana sono, pertanto, riducibili sostanzialmente a due, rispettivamente sul piano analitico-descrittivo e sul piano critico-valutativo.

Sul piano analitico-descrittivo, si tratta di stabilire se, al di là delle “*etichette*”, esista un settore significativo del sistema penale vigente che presenti delle deviazioni significative rispetto ai paradigmi garantistici del diritto penale.

Laddove si dia una risposta affermativa a tale quesito si tratterà allora, passando così al piano critico-valutativo, di esprimere un giudizio su tale realtà in termini di legittimità, di possibilità, di opportunità.

E ci si chiederà, in ultima istanza, cosa svela la disciplina italiana dell'immigrazione in generale e la contravvenzione di clandestinità in particolare: un'idea di diritto penale che non è più giustizia ma lotta, discriminazione, segregazione? E quel che più preoccupa, ci si interrogherà sulla capacità di diffusione di un modello siffatto, che da eccezione potrebbe

colpevolezza, dato che la perdita del permesso di soggiorno a seguito per esempio di licenziamento non è affatto un comportamento dannoso e meno che mai è ascrivibile alla responsabilità dell'immigrato, la cui sola colpa è quella di essere uno straniero irregolarmente residente in Italia”. Nello stesso senso, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 239 e ss. Di contrario avviso, invece, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, pp. 1323 e ss. Secondo l'A., la fattispecie *de qua* non sarebbe espressione del diritto penale d'autore, in quanto si tratterebbe di un “*fatto offensivo dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori*”: da questo punto di vista, un eventuale profilo di illegittimità costituzionale andrebbe ravvisato in relazione, non al mancato rispetto del principio di offensività, quanto piuttosto rispetto al principio di sussidiarietà, in quanto la sovrapposizione tra diritto penale e amministrativo rivelerebbe che il primo non costituisce, come invece dovrebbe, un'*extrema ratio*.

candidarsi a divenire regola per poi espandersi ad altri settori dell'ordinamento. A questi e ad altri quesiti che la disciplina italiana in materia di immigrazione ineludibilmente pone, si cercherà di dare una risposta.

CAPITOLO II

La criminalizzazione dell'immigrato come autore di reati

SOMMARIO: 1. *Una scelta di campo: la criminalizzazione dello status di immigrato irregolare.* – 2. *L'immigrazione nella prospettiva sociologica: la palingenesi dell'insicurezza.* – 2.1. *In particolare: la paura che fa paura e il ruolo, spesso simbolico, del diritto penale.* – 2.2. *Il riemergere del punitivismo.* – 3. *Vecchie e nuove tipologie di diritto punitivo.* – 3.1. *Il diritto penale del nemico ed il diritto penale di lotta.* – 3.2. *Il diritto penale dell'esclusione ed il diritto penale dell'indebolimento.* – 4. *Dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione.*

1. Una scelta di campo: la criminalizzazione dello status di immigrato irregolare

Dopo aver tracciato talune coordinate in materia di condizione giuridica dello straniero, in particolare, con una panoramica delle - più rilevanti - fonti sovranazionali e dell'evoluzione della legislazione italiana in materia di immigrazione, una scelta di campo si presenta improcrastinabile e decisiva nell'economia della presente indagine.

Volgendo lo sguardo alle incriminazioni concretamente previste dal testo unico dell'immigrazione, occorre, preliminarmente, compiere una distinzione fondamentale tra le stesse: i reati in cui l'immigrato è autore e quelli in cui è, invece, l'oggetto materiale della condotta di terzi¹⁴².

Innanzitutto, preme precisare che saranno oggetto di riflessione le sole fattispecie nell'ambito delle quali l'immigrato si presenta come autore di reati, che, peraltro, maggiormente hanno attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza.

¹⁴² Preme rilevare, a tale proposito, come l'immigrato, nel d.lgs. 286/98, non costituisca mai, come osservato, il titolare del bene giuridico protetto; non è mai la vittima, per avere la norma tipizzato nello straniero il soggetto titolare dell'interesse protetto: gli stranieri extracomunitari sono contemplati solo come autori di delitti (artt. 13, comma 13, 13 *bis*, 14, commi 5 *ter*, 5 *quater*, d.lgs. n. 286/1998: delitti di inosservanza dei decreti o degli ordini di espulsione e dei divieti di reingresso) o contravvenzioni (art. 1, comma 5 *ter*, secondo periodo, d.lgs. n. 286/1998: permanenza illegale dell'espulso per scadenza del permesso di soggiorno), che sono reati propri, oppure come oggetti materiali di condotte altrui e di discipline di regolazione dei flussi (art. 12, commi 1, 3, 5, 5 *bis*, d.lgs. 286/1998: atti di favoreggiamento all'ingresso o alla permanenza illegali; art. 22, comma 1, d.lgs. 286/1998; assunzione di stranieri privi del permesso di soggiorno), mentre diventano soggetti passivi solo nelle ipotesi aggravate che non sono titoli autonomi di reato, ma circostanze aggravanti di fatti-base dove lo straniero non è vittima, ma oggetto materiale (art. 12, comma 3 *bis*, lett. b e c, e comma 3 *ter*, d. lgs. 286/1998: aggravamento del favoreggiamento dell'ingresso o della permanenza illegali per l'esposizione al pericolo di vita o incolumità degli immigrati, o per loro sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti o per destinarli alla prostituzione o allo sfruttamento sessuale, o in caso di finalità di sfruttamento di minori in attività illecite). Esistono, peraltro, due soli casi dove lo straniero sembra in modo diretto o indiretto (a seconda delle ricostruzioni) oggetto di tutela, e dunque persona offesa, però soprattutto potenziale, di autonome incriminazioni del testo unico: sono le ipotesi dell'art. 12, comma 5 e 5 *bis*, i cui delitti di favoreggiamento della permanenza illegale o dell'alloggio di immigrati clandestini sono puniti se commessi «*al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero*» o, rispettivamente, se posti in essere a titolo oneroso e «*al fine di trarre ingiusto profitto*». Per tali considerazioni, si rinvia a M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 105 e ss.

In tale panorama, pur in accordo con chi osserva come la maggior parte delle incriminazioni previste dal testo unico dell'immigrazione mostrino un insuperabile vizio d'origine - quello di essere state concepite, sin dall'inizio, come disposizioni simboliche, utili soltanto a lenire il senso di sgomento generato dall'approdo dello straniero¹⁴³ - si ritiene, tuttavia, che alcune di esse, più di altre, siano emblematiche sia della *ratio* ispiratrice dell'intero sistema, sia degli effetti generati dall'interferenza della normativa sovranazionale di fonte europea sul diritto penale dell'immigrato irregolare¹⁴⁴.

Si fa riferimento, da un lato, al c.d. reato di clandestinità (art. 10 *bis*, T.U. I.M.M.), coniato con la l. 15 luglio 2009, n. 4 (il sopra citato pacchetto sicurezza 2009), il relazione al quale né il pronunciamento della Corte costituzionale¹⁴⁵, né quello – più recente – della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁴⁶ sono valsi, con ogni probabilità, ad esaurire il coacervo di questioni critiche sollevate dalle relative scelte legislative.

Si fa riferimento, d'altro canto, ai reati di cui all'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, che incriminano, rispettivamente, la violazione dell'ordine di allontanamento emanato dal Questore e l'inosservanza del provvedimento di espulsione, adottato sempre dal Questore a seguito della violazione dell'ordine di

¹⁴³ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

¹⁴⁴ Interessante la critica operata in L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.: secondo l'A., “con riguardo al sistema italiano invero, piuttosto che di “diritto penale dell'immigrazione”, dovrebbe parlarsi di “diritto penale dell'immigrato” o, più precisamente, di “diritto penale dell'immigrato irregolare”. La puntualizzazione linguistica è tutt'altro che irrilevante, sol che si consideri come essa serve a scoprire il “travisamento” dietro cui il legislatore italiano ha inteso nascondere lo spirito illiberale che sta alla base dell'intera disciplina penale dell'immigrazione. In effetti, in questo settore, il diritto penale si discosta non poco dal modello del diritto penale del fatto, o del diritto penale a tutela di autentici beni giuridici, e assume per converso le sembianze di un vero e proprio diritto penale contro la persona dell'immigrato che sia portatore della qualifica di irregolare. Cosicché, la definizione “diritto penale dell'immigrazione” – che risulterebbe appropriata, qualora venisse ad identificare un ambito di intervento in cui a venire in rilievo fossero condotte offensive di interessi giuridici, e non di meri status soggettivi – appare di fatto abnorme, ove impiegata per identificare un complesso di disposizioni incriminatrici che puniscono mere condizioni soggettive *contra ius*”.

¹⁴⁵ Trattasi, in particolare, della sentenza n. 250/2010 della Corte Costituzionale, con quale è stata dichiarata la legittimità costituzionale della fattispecie di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

¹⁴⁶ Ci si riferisce, in questo caso, alla sentenza del 2.12.2012 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la quale è stato dichiarato, seppur con importanti precisazioni, il mancato contrasto dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. rispetto alla Direttiva rimpatri.

allontanamento¹⁴⁷. Fattispecie, queste, che hanno subito, come sopra accennato, alterne vicende.

Ma è in particolare sul primo dei due, ovvero sul c.d. reato di clandestinità, che si concentrerà, d'ora in avanti, l'attenzione e ciò in ragione del fatto che, più che altrove, si è trattato di una disposizione - come si spiegherà a breve - voluta per assecondare le invocazioni di sicurezza provenienti da una parte dell'opinione pubblica¹⁴⁸, ricorrendo allo strumentario penalistico, come spesso accade, per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare rischi, pericoli ed eventi lesivi¹⁴⁹.

Rinviando alle pagine successive sia l'analisi più propriamente esegetica della fattispecie sia la riflessione circa i profili problematici che la stessa chiama in causa, basti adesso, in estrema sintesi, rilevare quanto segue.

La contravvenzione di clandestinità incrimina il cittadino extracomunitario che faccia ingresso o si trattenga illegalmente nel territorio dello Stato; tale condotta è sanzionata con la – sola – pena pecuniaria dell'ammenda¹⁵⁰; del resto, la fattispecie si sovrappone in tutto o in parte alla disciplina amministrativa¹⁵¹, poiché laddove la pubblica autorità disponga l'espulsione

¹⁴⁷ In verità, tali incriminazione verranno prese in considerazione ai soli fini dell'impatto della Direttiva rimpatri sull'ordinamento italiano e, in particolare, per ciò che concerne il ridimensionamento della disciplina penale dell'immigrazione operato dal legislatore, con d.l. 23.6.2011, n. 89, convertito con l. n. 129/2011, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha dichiarato, come sopra accennato, l'incompatibilità dei reati collegati all'espulsione, previsti dal T.U. I.M.M., rispetto alla disciplina prevista dalla stessa Direttiva rimpatri. Le argomentazioni spiegate dalla Corte faranno, infatti, da sfondo alla riflessione concernente la compatibilità dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. con la normativa europea.

¹⁴⁸ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss

¹⁴⁹ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3558.

¹⁵⁰ La stesura finale dell'art. 10 *bis*, introdotta con legge n. 94/2009, prevede, in particolare, che lo straniero che faccia ingresso o si trattenga irregolarmente nel territorio dello stato, in violazione delle norme poste dal testo unico e quelle che disciplinano l'ingresso e i soggiorni brevi all'art.1 legge 28.5.2007 n.6871 sia punito con l'ammenda tra 5.000 e 10.000 euro, non oblazionabile.

¹⁵¹ T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Guida Al Diritto. Il Sole 24 Ore*, 2009, p. 14. Secondo l'A., la sfera applicativa della norma incriminatrice coincide perfettamente con quella dell'allontanamento di competenza dell'autorità amministrativa, che sarebbe dunque "già conseguibile a parità di condizioni in via amministrativa".

dello straniero, il processo penale si conclude con una sentenza di non luogo a procedere; d'altra parte, se il processo si conclude con una sentenza penale di condanna, questa non preclude la possibilità per il Prefetto di disporre l'espulsione; la legge consente, in ogni caso, al giudice di pace di sostituire la pena dell'ammenda con l'espulsione.

Senza anticipare questioni che verranno più compiutamente trattate nel prosieguo, è d'uopo, ora, rilevare come la norma abbia subito ripetuti interventi in sede di lavori preparatori: il disegno di legge originario¹⁵² puniva con la reclusione da sei mesi a quattro anni la sola condotta di ingresso e prevedeva, dal punto di vista processuale, l'arresto obbligatorio in flagranza ed il rito direttissimo; inoltre, stabiliva che il giudice nel pronunciare sentenza ordinasse l'espulsione dello straniero.

L'articolo 10 *bis* nella versione finale si presenta notevolmente modificato: da un lato, è stata attenuata l'iniziale severità con il passaggio da delitto a contravvenzione mentre la condotta dell'ingresso è stata integrata dal trattenimento (ampliando, peraltro, notevolmente l'ambito di applicabilità della norma). Tale mutamento ha comportato l'eliminazione del rito direttissimo ed il passaggio di competenza al giudice di pace.

Ora, un mutamento così significativo, soprattutto se si considera la trasformazione in illecito contravvenzionale, presenta - per molti - un significato inequivoco: per arginare in qualche modo l'impatto della nuova incriminazione e per evitare la paralisi del sistema carcerario, il legislatore ha ridimensionato il trattamento sanzionatorio, optando per la sola sanzione pecuniaria (peraltro, non obblabile)¹⁵³ ed ha istituito una corsia “*dedicata*”,

¹⁵² Si tratta, in particolare, dell'art. 9, ddl. 733/2009, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 21 maggio 2008.

¹⁵³ Secondo alcuni, non è, peraltro, solo questa la ragione che ha indotto il legislatore a questo cambio di rotta. Ci si riferisce a coloro che ritengono che l'art. 10 *bis*, così congegnato (con la previsione, in particolare, dell'espulsione come sanzione sostitutiva), abbia consentito all'Italia di non adeguarsi, nella sostanza, alla Direttiva rimpatri e, pertanto, di continuare a prevedere l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica (o l'eventuale trattenimento nei C.I.E.), come normale modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione. E ciò in ragione di quella disposizione della Direttiva rimpatri, l'art. 2, che consente agli Stati di non applicare la direttiva stessa “*ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a*

introducendo un nuovo rito dinanzi al giudice di pace.

Quanto alla sanzione prevista, non può non evidenziarsi come l'importo dell'ammenda comminata sia significativamente elevato (tra 5.000,00 e 10.000,00 euro) e come sia, in ogni caso, esclusa la possibilità di estinguere la contravvenzione mediante oblazione¹⁵⁴.

Ora, tenuto conto delle considerazioni che precedono, è forte l'impressione che, come autorevolmente rilevato, si sia puntato più sull'effetto annuncio del nuovo reato che sulla reale capacità repressiva dello strumento adottato¹⁵⁵, mettendo in scena una risposta retoricamente efficace ad uno stato d'animo diffuso, che chiede maggiore rigore verso i clandestini¹⁵⁶. E una conferma di tale assunto emergerebbe proprio dalla - sommariamente delineata - ricostruzione dell'*iter* legislativo che ha portato alla versione finale dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.: di fronte al rischio di una "carcerazione di massa" dei clandestini, nel corso dei lavori parlamentari il delitto viene derubricato in contravvenzione punita con la sola ammenda¹⁵⁷.

*rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione". Un modo, quindi, per eludere l'applicazione della Direttiva rimpatri. Per tutti, G.L. GATTA, Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione, in Diritto Penale e Processo, 2009, p. 1332. Dello stesso avviso, C. DI STASIO, La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa, Napoli, 2012, p. 163. Secondo l'A., con l'introduzione di un reato *ad hoc* - ovvero del reato di clandestinità - si è tentato di «sterilizzare» gli obblighi imposti dalla Direttiva, rilevando, in particolare, che "con l'art. 10 bis, l'espulsione è diventata conseguenza accessoria della sanzione penale e, in sostanza, la deroga di cui all'art. 2, par. 2, lett. b) è divenuta regola per non riconoscere i diritti garantiti dalla Direttiva stessa".*

¹⁵⁴ Si può - dunque - rilevare che le modifiche intervenute hanno inciso sul fatto tipico solo estendendolo (al soggiorno illegale), non per renderlo più lesivo, e però hanno mutato radicalmente la sua qualificazione e la pena. Com'è stato osservato da M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 125: "per il legislatore il medesimo fatto (l'ingresso illegale, nel caso di specie) può costituire indifferentemente un delitto doloso punibile con la reclusione da sei mesi a quattro anni (così il testo originario) o una trasgressione di polizia punita con l'ammenda da 5000 a 10.0000 euro. Davvero un omaggio alla scienza della legislazione?".

¹⁵⁵ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

¹⁵⁶ D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, p. 1079.

¹⁵⁷ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

Ma dal punto di vista della funzione della pena in generale¹⁵⁸, ci si è chiesti e ci si chiede adesso: quale effetto di scoraggiamento, di distoglimento, di reale deterrenza può avere la minaccia della, pur corposa, pena pecuniaria verso chi non possiede nulla¹⁵⁹? La prospettiva di un processo a piede libero, destinato a concludersi con una sanzione pecuniaria, con ogni probabilità puramente cartacea, è in grado – concretamente – di intimorire persone pronte a rischiare tutto pur di sfuggire alla miseria della propria condizione presente¹⁶⁰? E ancora, la vera sanzione comminata è l'ammenda o, piuttosto, la sanzione sostitutiva dell'espulsione¹⁶¹? Si tratta, in ultima istanza, di una fattispecie con valenza esclusivamente simbolica? O dietro tale incriminazione si nascondono ragioni diverse da autentiche motivazioni politico-criminali? In altre parole, esistono ragioni politiche in senso stretto per arrivare a criminalizzare l'immigrazione *tout court*, con quella che Luigi Ferrajoli ha icasticamente definito “*la legge più indegna della storia della Repubblica*”¹⁶²?

Ma ancor prima, v'è da chiedersi, una volta di più, se e quali limiti incontri il legislatore nella scelta sul se (principio di offensività e sussidiarietà) e quanto punire (ragionevolezza delle cornici edittali)¹⁶³.

Prepariamoci a giocare la partita, da subito, a carte scoperte. Nel tentativo di fissare un'ipotesi di partenza, ammettiamo che il reato di clandestinità:

¹⁵⁸ Si intende, in questa sede, trattare - seppur in termini generalissimi - del ruolo della sanzione penale nella prospettiva dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. Ma le torsioni che tale fattispecie porta con sé e, in particolare, i “*possibili*” profili di contrasto rispetto al volto costituzionale dell'illecito penale sono numerosi e riguardano, in ultima istanza, i principi di legalità, di offensività e di colpevolezza, nonché il principio di sussidiarietà dell'intervento penale. Su tali dinamiche, invero nevralgiche nell'economia generale della presente indagine, si focalizzerà l'attenzione nel prosieguo.

¹⁵⁹ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

¹⁶⁰ L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

¹⁶¹ Secondo taluno, non è peregrino pensare che la vera sanzione di questo reato non sia l'ammenda quanto piuttosto la sanzione sostitutiva dell'espulsione. La questione verrà trattata successivamente. Per il momento si rinvia a A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione Penale*, 2011, pp. 446 e ss.

¹⁶² L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 14.

¹⁶³ C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Critica del diritto*, 2005, p. 228.

- a) violi gran parte dei principi costituzionali di diritto penale, fra cui il principio di offensività, di *extrema ratio* e della funzione - necessariamente - rieducativa della pena;
- b) anziché tutelare beni giuridici individuali e collettivi, miri a presidiare, esclusivamente, la disciplina amministrativa legata alle espulsioni, che non costituisce, in alcun modo, un bene giuridico, né finale né strumentale;
- c) quanto alla detta funzione della pena, la stessa nulla abbia a che vedere, come detto, con il finalismo rieducativo e serva, fondamentalmente, a finalità di rassicurazione, solo simbolica, dei cittadini e di stigmatizzazione e neutralizzazione dell'immigrato.

In tali termini fissata l'ipotesi di partenza, l'aspetto sul quale occorre, in prima battuta, interrogarsi concerne, pertanto, le ragioni ultime che hanno indotto il legislatore ad introdurre una siffatta disposizione, da molti ritenuta, non solo inutile ma soprattutto odiosa, oltre che di dubbia legittimità costituzionale, nonostante l'autorevole parere della Corte costituzionale che ne ha sancito la compatibilità con la nostra Carta fondamentale¹⁶⁴.

Ma ancor prima, urge accennare brevemente ad un aspetto essenziale che connota la normativa penale italiana in tema di immigrazione e, segnatamente, la contravvenzione di clandestinità, senza la comprensione del quale risulta arduo provare a condividere le ragioni dell'ipotesi di partenza: in altri termini, si avverte il bisogno di un'ulteriore premessa sistematica.

Dobbiamo, nuovamente, focalizzare l'attenzione sulla, più volte richiamata, questione securitaria in relazione a quella che abbiamo detto essere la moderna società del rischio.

Si cercherà, in questo capitolo, di tratteggiare la palingenesi dell'insicurezza, accennando al ruolo chiave impersonato dai *mass-media*.

¹⁶⁴ Per tutti, L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

Si tenterà di spiegare il misterioso paradosso di una società che è sicura ma si sente insicura¹⁶⁵.

Senza tali premesse, appare impresa ardua anche solo provare a impostare un discorso razionale.

2. L'immigrazione nella prospettiva sociologica: la palingenesi dell'insicurezza

Il tema dell'immigrazione è tanto ampio e complesso che, per non cadere in facili semplificazioni, richiede il richiamo – sia pure per linee ampie e generali – di alcuni brevi riferimenti teorici da lasciare sullo sfondo delle riflessioni che si andranno a proporre.

I punti controversi sono veramente tanti e intorno ad essi il dibattito scientifico, e quello politico, sono tuttora aperti. Il discorso è certamente complesso ed è impossibile dare, in questa sede, il dovuto spazio a ciascuna delle importantissime problematiche qui solo sfiorate.

Ciò che qui interessa maggiormente è focalizzare l'attenzione sulla tentazione - chiaramente esistente - di delegare la soluzione del problema dell'immigrazione alla sfera repressiva. La disamina delle vicende normative sul tema dell'immigrazione ha, infatti, consentito di apprezzare un dato indiscutibile: il ricorso all'arsenale penalistico complessivamente inteso, un tempo assai limitato, è divenuto nel tempo costante di ogni interpolazione legale apportata alla disciplina in materia di immigrazione¹⁶⁶.

Orbene, può sin d'ora affermarsi che l'uso dello strumento penalistico, in questa direzione, fa parte, come accennato, della tradizionale disponibilità di un mezzo a basso costo economico - quale è stato tradizionalmente il diritto

¹⁶⁵ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 201.

¹⁶⁶ E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, p. 475.

penale - per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare rischi, pericoli ed eventi lesivi¹⁶⁷. Presso il legislatore e i *media* si è affermata non già l'idea che la vera prevenzione la si debba effettuare con altri mezzi, che sarebbero però più costosi in termini economici, e non invece in termini di garanzie per i diritti di tutti, ma piuttosto si è affermata l'idea-propaganda, che debba essere più efficace ed effettiva la pena; si potrà continuare ad utilizzare il diritto penale per ogni scopo preventivo e di assicurazione sociale: basta che poi seguano le sanzioni¹⁶⁸. Ancora una volta, se minaccia pene, e poi le applica pure, lo Stato c'è e garantisce i suoi cittadini¹⁶⁹.

In questo scenario, si inserisce il profondo senso di insicurezza che attanaglia le moderne società e che si traduce in una crescente richiesta di protezione. Ma andiamo con ordine, soffermandoci, in particolare, sulla percezione sociale dell'insicurezza.

Sorge spontaneo domandarsi se la misura dell'insicurezza avvertita dai cittadini corrisponda esattamente al grado di esistenza obiettiva di rischi difficilmente controllabili o, semplicemente, incontrollabili¹⁷⁰. L'impressione è nel senso opposto.

Muovendo dai risultati del fondamentale studio di Robert Castel sulle c.d. paure diffuse, viviamo senza dubbio - perlomeno nei paesi sviluppati - nelle società più sicure mai esistite¹⁷¹.

Siamo oggettivamente le persone più al sicuro della storia dell'umanità¹⁷².

¹⁶⁷ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3558.

¹⁶⁸ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3559.

¹⁶⁹ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3562.

¹⁷⁰ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, cit. p. 13.

¹⁷¹ R. CASTEL, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, trad. it. di Mario Galzigna e Maddalena Mapelli, Torino, 2004, p. 3.

¹⁷² Dello stesso parere, Z. BAUMAN, *Liquid fear*, Cambridge, 2006, trad. it. di Marco Cupellaro, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008, p. 161. Secondo l'A., come le statistiche dimostrano, i pericoli che minacciano di abbreviare la nostra vita sono più scarsi e lontani di quanto generalmente non fossero nel passato o non siano in altre parti del pianeta; e abbiamo mezzi straordinariamente brillanti ed efficaci per prevedere, prevenire e bloccare quei pericoli per colpa dei quali potremmo morire troppo presto o ammalarci. Tutti gli indicatori oggettivi che si possono immaginare mostrano un aumento inarrestabile della protezione di cui uomini e donne godono su tutti e tre i fronti lungo i quali si combattono le

Tuttavia, è proprio in questa società circondata e attraversata da protezioni che le preoccupazioni relative alla sicurezza rimangono onnipresenti¹⁷³. Il paradosso è che è proprio in quella parte del mondo che gode di una sicurezza senza precedenti che l'assuefazione alla paura e l'ossessione per la sicurezza hanno avuto lo sviluppo più spettacolare in anni recenti¹⁷⁴.

In tutti i Paesi occidentali c'è, in altre parole, una domanda drogata di sicurezza¹⁷⁵.

Ci troviamo dinnanzi ad un fenomeno di iper-percezione (quantitativa) dei fattori di rischio cui segue una sopra-valutazione (qualitativa) dei medesimi. Si può plausibilmente sostenere che, per cause varie e molto diverse, la percezione dei rischi sia chiaramente superiore alla loro stessa oggettiva consistenza¹⁷⁶.

Non è facile spiegare le ragioni del misterioso fenomeno di una società che è sicura ma, come detto, si sente insicura.

Potremmo cominciare con l'affermare che nella percezione soggettiva della criminalità il pericolo più impellente non proviene dallo sviluppo incontrollato delle tecnologie ma dagli stessi membri della collettività: ad essere giudicato pericoloso è l'*altro*, possibile autore di un reato, con il quale dobbiamo convivere. Quanto più aumenta l'insicurezza soggettiva, tanto più l'*altro* diverrà oggetto di attenzione quale possibile fonte di pericolo¹⁷⁷.

In altre parole, è l'*altro* che fa paura, è dall'*altro* che bisogna proteggersi e, di conseguenza, è contro l'*altro* che bisogna lottare. La paura, una volta introdottasi nel circuito sociale, tende, poi, ad auto-alimentarsi e ad auto-

battaglie in difesa della vita umana: rispettivamente contro le forze sprezzanti della natura, contro la debolezza congenita del nostro corpo e contro i pericoli che provengono da aggressioni di altre persone.

¹⁷³ R. CASTEL, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, trad. it. di Mario Galzigna e Maddalena Mapelli, Torino, 2004, p. 5.

¹⁷⁴ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 200.

¹⁷⁵ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3567.

¹⁷⁶ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 13.

¹⁷⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pp. 26-27.

intensificarsi¹⁷⁸. E l'adozione di misure protettive, anche penali naturalmente, fa apparire la realtà ancora più pericolosa, rafforzando ulteriormente la capacità della paura di auto-propagarsi¹⁷⁹.

Le paure, in tal modo, spingono la compagine sociale a prendere provvedimenti di difesa (fra cui, per ciò che qui interessa, le misure penali), che conferiscono concretezza, realtà e credibilità alle minacce, vere o presunte che siano¹⁸⁰.

Un ruolo chiave è, poi, giocato dai mezzi di comunicazione di massa, largamente responsabili, come si spiegherà a breve, della percezione sociale del crimine e dell'allarme sociale a questo connesso. D'altronde, “*ciò che sappiamo della nostra società, e in generale del mondo in cui viviamo, lo sappiamo dai mass-media e questo nonostante l'ineliminabile sospetto di manipolazione e la consapevolezza della forte selettività dei media*”¹⁸¹.

La tematica è ampiamente indagata e se scorriamo alcuni fra i più recenti studi condotti sul tema troviamo interessanti spunti per la presente analisi. In particolare, nei lavori di David Altheide¹⁸² è approfondito proprio il rapporto tra *media* e crimine, attraverso lo studio delle fasi di costruzione del cosiddetto “*discorso di paura*”. Secondo lo studioso, la paura rappresenterebbe la principale fonte di intrattenimento nella cultura popolare e lo strumento attraverso cui catturare *audience*. Altheide parte proprio dall'evidenziare la profonda discrasia

¹⁷⁸ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 202.

¹⁷⁹ Z. BAUMAN, *Liquid fear*, Cambridge, 2006, trad. it. di Marco Cupellaro, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008, p. 178 e ss.

¹⁸⁰ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 203.

¹⁸¹ N. LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien*, 1996, trad. it. *La realtà dei mass media*, Milano, 2000.

¹⁸² David Altheide, professore della *Arizona State University*, studia da alcuni anni il fenomeno della presenza pervasiva del tema della paura nei *mass media*. I principali quotidiani e i notiziari televisivi americani sono stati oggetto di un'approfondita ricerca, con l'obiettivo di verificare se e quando la paura fosse associata al racconto dei fatti del giorno. Questi i dati raccolti: dagli anni '90 ad oggi, la paura si è propagata in modo esponenziale nei testi dei quotidiani e nei discorsi degli *anchorman* in tv. Il risultato è che la paura è uno strumento di controllo sociale estremamente efficace.

tra i tassi reali di criminalità e la paura e l'insicurezza percepite in continua crescita. Il “*discorso di paura*” si presenta come una forma di comunicazione pervasiva, di grande *appeal* e dai toni familiari; la sua diffusione appare fondata sulla consapevolezza simbolica e l'aspettativa che il pericolo e il rischio siano un aspetto della vita di ogni giorno. Dal crimine di strada al terrorismo internazionale, tutto pare lecitamente etichettabile con il marchio della paura. Il pericolo è percepito come minaccia sempre incombente, da cui bisogna proteggersi anche a costo di rinunciare a qualche libertà.

Dopo l'11 Settembre, poi, lo Stato, con la buona motivazione di proteggere i cittadini, ha attinto a piene mani dal cesto della paura per giustificare le proprie azioni. Sulla stampa e nei discorsi politici, il terrorismo è stato collegato al crimine in genere (e, per ciò che qui interessa, all'immigrazione) e tale confusione concettuale ha prodotto - secondo Altheide - l'idea che tutto possa stare nella pentola della paura, non importa quali siano le cause dei singoli fenomeni sociali. In uno scenario come questo, dove un terrorista (non ben identificabile, ma di sicuro straniero) può attaccare chiunque e dovunque, tutti siamo potenziali vittime della follia¹⁸³.

Il crimine è notiziabile, ora perché connesso alla paura, ora perché facile e veloce da trattare.

Ma, quali sono le conseguenze sociali del “*discorso di paura*”?

È provata l'influenza dei *media* sulla percezione sociale: lo spazio offerto da

¹⁸³ La rappresentazione giornalistica e televisiva del crimine è stata fatta oggetto di un progetto di ricerca a livello universitario anche in Italia; in particolare, è stata curata e diretta da docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dell'Università di Milano-Bicocca. La ricerca giuridico-criminologica *de qua* ha, in particolare, studiato spazi e modalità di pubblicazione delle notizie riguardanti il fenomeno da parte di alcuni dei maggiori telegiornali italiani, analizzando però anche le due maggiori testate cartacee nazionali, ai fini di un raffronto e di una comparazione fra le due modalità di rappresentazione. L'obiettivo è stato quello di misurare l'incidenza del dato criminale nell'insieme delle notizie, verificando in quale percentuale il lettore medio entra in contatto con informazioni relative al crimine, piuttosto che con informazioni di altro genere. In estrema sintesi, nelle trasmissioni e nei notiziari è emerso quanto segue: la sottorappresentazione (in termini di spazio e gravità) nei notiziari televisivi della criminalità economica e contro il patrimonio; la vistosa sovrarappresentazione, rispetto alla loro reale diffusione, dei crimini violenti e specialmente dell'omicidio; lo scarso rilievo attribuito dall'informazione alle componenti umane della vicenda criminale - il reo e la vittima; l'ampio spazio dedicato alla descrizione del fatto e all'azione degli inquirenti.

questi al crimine modifica la percezione del pericolo e intensifica la paura, che a sua volta può ridurre l'integrazione sociale, a favore di un'ottica emergenziale che predispone all'accettazione di forme di restrizione della libertà. Al contempo, si sviluppa un forte senso di appartenenza che si fonda sull'esclusione dell'altro, straniero e *outsider*¹⁸⁴.

Tutto ciò provoca, con un meccanismo raffinato e perverso al contempo, pericolosi processi di semplificazione in categorie binarie nettamente separate, che amplificano le contrapposizioni e le disuguaglianze, innalzando i confini fra noi e loro¹⁸⁵, ingenerando un senso generalizzato di impotenza¹⁸⁶.

In questo senso, si è potuto con ragione affermare che “*i mezzi di comunicazione, strumenti dell'indignazione e della collera pubblica, possono accelerare l'invasione della democrazia attraverso l'emozione, propagare una sensazione di paura e di vittimizzazione ed introdurre di nuovo nel cuore dell'individualismo moderno il meccanismo del capro espiatorio che si credeva riservato a periodi inquieti*”¹⁸⁷.

Il processo che si sta cercando di descrivere non è né immediato né trasparente: agisce progressivamente, attraverso una strategia che si dipana nel tempo¹⁸⁸.

Quello che qui interessa è che i cittadini si sono progressivamente abituati a rinunciare ai loro diritti civili in cambio di un maggiore intervento delle istituzioni.

Le stesse istituzioni pubbliche deputate alla repressione della criminalità trasmettono, peraltro, immagini offuscate della realtà, che contribuiscono alla diffusione della sensazione di insicurezza¹⁸⁹: a dimostrazione di ciò, si consideri la centralità della questione sicurezza nelle campagne elettorali di gran parte dei partiti politici, la quale comporta (e comprende)

¹⁸⁴ A. DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 836.

¹⁸⁵ A. DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 837.

¹⁸⁶ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 15.

¹⁸⁷ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Parigi, 1996, trad. it. a cura di A. CREMAGNANI, *I custodi dei diritti: giudici e democrazia*, Milano, 1997, p. 79.

¹⁸⁸ A. DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 837.

¹⁸⁹ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 16.

necessariamente un'enfaticizzazione del problema¹⁹⁰.

E così, anche il lessico del discorso pubblico sul penale riflette (e alimenta) perdite di razionalità: è un effetto indesiderabile della stessa democrazia fondata sul consenso elettorale¹⁹¹, che premia la capacità di persuadere più che la razionalità del discorso, la spendita vincente di una propria immagine più che la ricerca di intese e di soluzioni effettive e verificabili. Tutto ciò, in sintonia con paure e attese radicate in vasti settori dell'opinione pubblica non può che alimentare, ulteriormente, chiusure identitarie e sentimenti di ostilità¹⁹².

La sicurezza, dunque, attraverso l'agire congiunto dei *media* e delle stesse istituzioni si converte in una pretesa sociale, in un diritto, al quale lo Stato e, in particolare, il diritto penale, debbono dare una risposta¹⁹³.

2.1 In particolare: la paura che fa paura e il ruolo, spesso simbolico, del diritto penale

Particolarmente insidiosa è, poi, la relazione tra strategie di controllo e immigrazione.

Ancora una volta, i *media* sembrano aver giocato un ruolo di primo piano nell'aver creato fra i cittadini, tra la gente comune, una serie di concezioni condivise, assumendo un ruolo analogo a quello svolto nel passato dalle pubbliche esecuzioni di pena, destinate a rafforzare la coesione e la conformità sociale, distinguendo gli amici dai nemici¹⁹⁴.

Negli ascoltatori, si definiscono e si radicano precisi e consequenziali schemi

¹⁹⁰ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 205.

¹⁹¹ D'altronde, com'è stato osservato, "sul tema della sicurezza rispetto ai pericoli provenienti soprattutto dagli immigrati extracomunitari si vincono o comunque si scommettono oggi le elezioni politiche nazionali e quelle locali?". Sul punto, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3562.

¹⁹² D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, pp. 1077 e ss.

¹⁹³ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 17.

¹⁹⁴ A. DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia*, 2006, pp. 837-838.

descrittivi ed analitici, che incanalano il pensiero in un dato per scontato che agisce per contrapposizioni binarie nettamente separate, meccanismi automatici di identificazione che finiscono per affievolire la stessa capacità di pensiero critico¹⁹⁵.

L'immigrazione clandestina è stata presentata come una vera e propria minaccia alla sicurezza pubblica, evocando stati di incertezza e paura che non ammettono discussioni e riflessioni. Non c'è, dunque, da stupirsi del processo di disumanizzazione cui viene sottoposta la figura dell'immigrato, che perde ogni carattere di umanità e personalità¹⁹⁶.

E tutto ciò contribuisce a radicalizzare la percezione di una distanza, di una differenza antropologica tra noi e loro.

Ne esce, indubbiamente, rafforzata la logica amico/nemico¹⁹⁷.

Orbene, è proprio attraverso questi meccanismi che si produce una delega in bianco ai politici, chiamati ad agire senza restrizioni di sorta, a caccia di una vittoria simbolica, peraltro difficilmente raggiungibile, alla quale sacrificano la garanzia della tutela dei diritti democratici e delle libertà dei cittadini.

Aumenta, quindi, in modo esponenziale e senza controllo il sentimento di diffidenza verso il “diverso”: la paura fa paura, alla violenza si risponde con la violenza¹⁹⁸.

Ecco allora che il dibattito intorno al reato di clandestinità ha assunto i toni di una crociata¹⁹⁹, tanto nei *media* quanto nel dibattito politico.

Ad ogni modo, per ciò che qui interessa, tutto ciò implica una potenziale flessibilizzazione delle categorie ed una relativizzazione dei principi, favorendo,

¹⁹⁵ Molto probabilmente esiste una certa consapevolezza da parte dei fruitori dei *media* sul fatto che essi tendano alla manipolazione dei fatti, sul loro essere reinterpreti della realtà. Nondimeno, l'allarme sociale per il crimine continua ad essere diffuso nei *media* e diffuso dai *media*, e la reattività del sistema penale rispetto a tali *inputs* è tutt'altro che modesta.

¹⁹⁶ A. DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 839.

¹⁹⁷ Sulla logica amico/nemico si concentrerà l'attenzione nel prosieguo, quando si tratterà, in particolare, del c.d. “diritto penale del nemico”, concetto elaborato da Günther Jakobs e contrapposto al c.d. “diritto penale del cittadino”.

¹⁹⁸ S. BUDELLI, *Immigrazione: salute, sicurezza, sussidiarietà*, Torino, 2012, p. 8.

¹⁹⁹ L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

verosimilmente, la tendenza generale all'espansione dell'intervento punitivo²⁰⁰ e, sempre per ciò che qui interessa, l'incrementato utilizzo del diritto penale dell'ambito del diritto dell'immigrazione.

E se si scopre il velo dell'ipocrisia, si smaschera la vera ragione che ha portato all'introduzione, nel sistema italiano, della contravvenzione di clandestinità *ex art. 10 bis* T.U. I.M.M.: com'è stato rilevato, non siamo di fronte a “*casi anomali*” o “*eccezionali*”, bensì a “*soluzioni*” drammaticamente coerenti con il panorama culturale, scientifico e politico di questi decenni²⁰¹; l'*art. 10 bis* appare, in questa prospettiva, come una semplice ratifica *ex post* di percorsi ideologici già iniziati da tempo²⁰². Non si tratta, com'è stato rilevato, né di un infortunio né di un cedimento contingente, quanto piuttosto del coronamento (o, almeno, un importante tassello) di un progetto, già in atto da tempo, di precarizzazione della condizione dei migranti²⁰³.

Non è difficile constatare come, da questo punto di vista, molte delle norme penali dei nostri tempi (e, segnatamente, l'*art. 10 bis* T.U. I.M.M.) presentino

²⁰⁰ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 74.

²⁰¹ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2009, p. 20.

²⁰² Nello stesso solco, si inseriscono, altre riforme di non dissimile tenore. Si pensi, *inter alia*, alla riforma della disciplina della legittima difesa, per il tramite della l. 13.2.2006, n. 59 la quale, definendo il rapporto di proporzione tra offesa e difesa di cui all'*art. 52 c.p.*, ha allargato negli intenti le maglie della legittima difesa. Ma si pensi, soprattutto, al potenziamento del potere di ordinanza conferito ai sindaci in materia di sicurezza urbana: con la finalità di togliere dalla vista dei cittadini ed espellere dai confini comunali persone “*fastidiose*” (ad esempio, i cosiddetti lavavetri), i sindaci hanno avuto la possibilità di adottare centinaia di ordinanze, il più delle volte deficitarie sul piano dell'effettività ma utili a mostrare il nuovo, inedito, volto repressivo dell'Ente locale, che di fronte all'opinione pubblica assume sempre più l'aspetto di un piccolo Leviatano. Per queste, ed altre, considerazioni, A. CERETTI, R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2009 pp. 3 e ss. Con particolare riferimento alla sicurezza urbana e al ruolo dei sindaci, interessanti le considerazioni di C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 132 e ss.

²⁰³ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, pp. 9 e ss.

un'accentuata, se non prevalente o addirittura esclusiva, funzione simbolica²⁰⁴.

Il diritto penale, mai come adesso, è divenuto messaggio, diretto non tanto ai potenziali delinquenti (tradizionali destinatari dello stesso), ma agli *altri*: promana dallo Stato in direzione dei buoni cittadini, in funzione simbolico-espressiva²⁰⁵, come *'rassicurante-analgesico'*, ovvero *'palliativo'*, di interventi reali, che mancano o sono comunque carenti, al fine di rassicurare il cittadino (nel senso di convincerlo di stare dalla parte del giusto)²⁰⁶.

Il diritto penale è chiamato, così, ad assolvere a una funzione di spartiacque tra ciò che alla compagine sociale appartiene e ciò che da essa deve essere escluso. Prima ancora che la sanzione, è il messaggio penale a dare avvio al processo di stigmatizzazione²⁰⁷.

E quando la politica prende le forme dello spettacolo, le decisioni ed i programmi di decisione sono orientati non tanto a modificare la realtà, quanto piuttosto a modificare l'immagine della realtà negli spettatori: non tanto a soddisfare bisogni reali e la volontà politica dei cittadini quanto piuttosto a

²⁰⁴ Esistono, in realtà, svariate modalità di espressione del simbolismo penale. La forma senza dubbio più innocua è data dalla riscoperta della tecnica del *«preambolo»* cui si assiste nella recente produzione legislativa: il ricorso a *«dichiarazioni d'intenti»* o *«manifesti»* normativi rappresenta un espediente per diffondere strategicamente presso la collettività, attraverso la *«cassa di risonanza»* offerta dai *mass media*, o con altri canali di informazione, un *«messaggio»* circa la *«presa in consegna»* da parte del legislatore della tutela rispetto a dati fenomeni. Un tratto semantico di questa trasformazione è l'uso oggi dominante della terminologia bellica per definire i compiti della giustizia penale. Altro modo di esprimersi di effetti prevalentemente *«retorici»* è ravvisato nella semplice traslazione di una norma già esistente dalla legislazione speciale al codice penale: operazione che se può certamente essere vista quale riconduzione di un illecito alla tavola di valori fondamentali dall'apprezzabile impatto socio-pedagogico, evidentemente non assicura di per sé una maggiore protezione ai beni giuridici interessati. Le critiche si concentrano però soprattutto sui *«prototipi»* del simbolismo penale: in primo luogo, la creazione di nuove fattispecie ostentate come *«imprescindibili»* quando quelle già esistenti risultano sufficienti o in ogni caso quando le nuove non offrono prospettive di sostanziale miglioramento in termini di efficacia preventiva e di tutela del bene; in secondo luogo, l'aumento edittale delle sanzioni: una *«tentazione»* - non giustificabile con l'effetto *«palliativo»* o *«ansiolitico»* recato alla società in generale o a gruppi particolarmente interessati al problema - cui il legislatore fatica a sottrarsi.

²⁰⁵ In tal senso, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice Penale*, 2003, pp. 492-493.

²⁰⁶ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, pp. 212-213.

²⁰⁷ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 213.

venire incontro ai flussi della cosiddetta opinione pubblica²⁰⁸.

E così, all'interno delle politiche penali contemporanee, un ruolo centrale è rivestito, come sopra accennato, dalle categorie del nemico, del diverso, dell'altro. Una volta individuato normativamente o prasseologicamente, l'ordinamento lo aggredisce attraverso la creazione, di fatto, di un altro diritto penale, di un diritto penale speciale, che ha costui come suo esclusivo destinatario²⁰⁹.

La differenziazione riguarda oggi le politiche, le categorie sistematiche già al loro interno, i principi (massimizzabili o minimizzabili), le tipologie d'autore, le funzioni degli illeciti (e le relative oggettività giuridiche), nonché i fini della pena, i paradigmi epistemologici, le culture, i linguaggi, le logiche costruttive dei modelli generali, degli autori, istituzionali e non, che costruiscono insieme il sistema (come opera collettiva), le interpretazioni (il loro pluralismo tanto vitale quanto causa di intollerabili incertezze), le dogmatiche (che attraversano il momento più critico di legittimazione), le fonti e gli ordinamenti che sono in concorrenza tra loro, dentro e fuori lo Stato, in una dimensione globalizzata non più piramidale, quando non riescono ad armonizzarsi²¹⁰.

È questo l'aspetto più inquietante delle politiche penali contemporanee: il profilarsi all'orizzonte di paradigmi generali, dunque di sub-sistemi chiusi di diritto penale, orientati sull'autore²¹¹.

Il diritto penale che ne deriva segna il passaggio da una legislazione dal «*messaggio forte*» poggiante sull'efficienza simbolica dei valori della Costituzione ad un «*simbolismo efficientista*», proprio della politica spettacolare, producendo verosimilmente costi altissimi in termini di giustizia ed equità sociale²¹².

²⁰⁸ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 45.

²⁰⁹ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 231.

²¹⁰ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. X.

²¹¹ Sui paradigmi dottrinali citati si focalizzerà l'attenzione a breve.

²¹² A. BARATTA, *Prefazione* a S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005, p. XV.

In questo senso l'efficientismo penale dei nostri giorni nasconde quell'«*inganno*» dei cittadini da parte del legislatore che Winfried Hassemer – forse il più strenuo censore del diritto penale simbolico – ha denunciato, lamentando la contraddizione tra ciò che il legislatore dichiara di perseguire e ciò che persegue veramente²¹³.

Si tratterebbe anzi, a parere dell'autore citato, di un cambiamento epocale: il diritto penale abbandona l'angusto recinto della contemplazione liberale per diventare un dispositivo di controllo di inquietanti perturbazioni che minacciano la società o lo Stato; si passa dalla repressione punitiva di concrete violazioni giuridiche alla prevenzione ad ampio spettro di situazioni problematiche²¹⁴.

Siamo, con ogni probabilità, fuori dal sistema di pensiero e di garanzie tipico del diritto penale ed è per questo che, su questi temi, è essenziale mantenere alta l'attenzione.

2.2 Il progressivo riemergere del punitivismo

Se da questo quadro parziale emerge una tendenziale ricerca del simbolo come dimostrazione di protezione di un bene giuridico vi è da aggiungere che spesso questi mezzi di tutela registrano anche un uso distorto della costruzione delle fattispecie e delle sanzioni, quasi a dimostrare un'efficace forza statale di reazione alle istanze.

A braccetto con il diritto penale simbolico, infatti, il diritto repressivo mostra la “*faccia cattiva*” del diritto penale²¹⁵.

²¹³ Sul punto, W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2008, pp. 15 e ss.; W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, 2011, pp. 59 e ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012; W. HASSEMER, *Derecho Penal Simbolico y protección de Bienes Jurídicos*, in *Pena y Estado*, a cura di BUSTOS RAMIREZ, Santiago, 1995, pp. 23 e ss.

²¹⁴ S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice penale*, 2003, p. 516.

²¹⁵ Perché, è bene ribadirlo, il diritto penale, anche quando circondato da limiti e garanzie, conserva pur sempre un'intrinseca brutalità: la pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è infatti una seconda violenza che si aggiunge al delitto, programmata e messa in atto dalla collettività contro un individuo singolo. La reazione penale è una reazione violenta: essa genera nei confronti del soggetto destinatario della pena uno stigma, vale a dire un “*marcbio*”

La tendenza del legislatore, come già sottolineato, è quella di reagire con forza e decisione attraverso istanze repressive. Si assiste, già da alcune decadi, al “risorgere del punitivismo”: il prevalente, se non esclusivo, criterio di politica criminale sembra essere il ricorso all’incremento, qualitativo e quantitativo, della sfera del penalmente rilevante, secondo la logica sintetizzabile nello *slogan* “*legge e ordine*”. La disciplina penale dell’immigrazione si inserisce, con ogni probabilità, nel solco tracciato.

Si avverte, in altre parole, un nuovo clima Punitivista²¹⁶.

La tendenza del legislatore è, quindi, quella di reagire con forza e decisione in molti settori dell’ordinamento penale all’interno di un’evidente disegno di lotta²¹⁷.

Quali gli effetti di un siffatto fenomeno?

L’effetto di queste domande di criminalizzazione è - spesso - quello di produrre risposte non sempre totalmente consone rispetto ai principi generali del diritto penale: si dimentica, a volte, la necessaria rigidità dei principi dello Stato di diritto, anzi ne è richiesta una flessibilizzazione.

Come si è detto poco sopra, è questo l’aspetto più inquietante delle politiche penali contemporanee: il profilarsi all’orizzonte di paradigmi generali, dunque di sub-sistemi chiusi di diritto penale, orientati sull’autore.

Claus Roxin insegna che “*un ordinamento giuridico che si basa sui principi propri dello Stato di diritto liberale si orienterà sempre verso un diritto penale del fatto*”²¹⁸. Per diritto penale del fatto intende “*una regolazione legale, in virtù della quale la punibilità si lega ad un’azione concreta descritta tipicamente [...] e la sanzione rappresenta solo la risposta al*

di esclusione, un “*segno*” di differenziazione sociale. Ogni processo di stigmatizzazione attribuisce, infatti, una connotazione negativa al soggetto, “*trasformando*” un membro della comunità in modo da declassarlo ad un livello inferiore: rendendolo, in altre parole, “*altro*”. Questo è forse il carattere che distingue più d’ogni altro, nella sostanza, il diritto penale dagli altri rami dell’ordinamento. Per tali considerazioni, per tutti, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 736 e ss.

²¹⁶ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, p. 10.

²¹⁷ Sull’utilizzo della terminologia bellica per definire i compiti della giustizia penale, si è già focalizzata l’attenzione quando si è trattato delle (svariate) modalità di espressione del simbolismo penale.

²¹⁸ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2008, p. 177.

fatto individuale, e non a tutta la conduzione della vita dell'autore o ai pericoli che si presume in futuro provengano dallo stesso"²¹⁹.

Sarà, quindi, diritto penale dell'autore, o orientato all'autore, "*quando la pena si lega alla personalità dell'autore e alla sua asocialità e quando il grado del primo dei due aspetti deciderà la sanzione da comminare. Quello che rende l'autore colpevole non è la circostanza che abbia commesso un fatto ma solo il fatto che l'autore è così come è; il suo modo di essere diviene oggetto di una censura legale*"²²⁰. Secondo i critici di questa teoria, se tra i presupposti della comminazione penale si include qualcosa di diverso dall'azione, e precisamente la peculiarità umana dell'autore, siamo in un sistema nel quale la pena si dirige all'autore come tale. Il diritto penale dell'autore castiga il comportamento sociale dell'autore, la sua personalità; si castiga non l'"*avere rubato*" ma l'"*essere il ladro*". Ciò che si critica al diritto penale dell'autore è il proibire e sanzionare la personalità delle persone²²¹.

Detto in altri termini, per diritto penale d'autore va inteso, in senso stretto, "*un diritto penale dove la ragion d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma nel tipo d'autore, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto "antigiuridico", oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione del fatto, ma perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile*"²²².

Ma un diritto penale del fatto, quale emerge dal nostro assetto normativo fondamentale, impone di risalire dagli eventi ai soggetti e non, viceversa, dalla individuazione di possibili soggetti ipotizzare degli eventi.

²¹⁹ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2008, p. 176.

²²⁰ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2008, p. 177.

²²¹ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2008, p. 177.

²²² M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 118-119. Altra questione, secondo l'A., riguarda il perché un siffatto soggetto risulti indesiderabile: a parere dello stesso, con riferimento al diritto penale dell'immigrazione, si realizzerebbe "*una forma peculiare di diritto penale d'autore per discriminazione di cittadinanza, e dunque per provenienza geopolitica, dove il soggetto risulta del tutto spersonalizzato, rilevando come esponente di una categoria di estensione mondiale, purché non comunitaria, per ragioni che nulla hanno a che vedere con la sua persona o con la sua specifica condotta*".

È il caso di esprimere, sin d'ora, a chiare lettere che i cedimenti nella direzione del tipo d'autore hanno un riflesso diretto in termini di teoria del reato: vengono - di tal guisa - squalificate due categorie tipiche del diritto penale dello Stato di diritto, il *fatto* e il *bene giuridico*. Tali categorie, infatti, per l'imputazione di un reato ad un soggetto - e, quindi, per la sua punizione - impongono la presenza accertata di una condotta esteriormente manifestata, chiaramente riconoscibile ed inequivocabilmente orientata all'offesa di un altrettanto evidentemente riconoscibile bene/interesse: deve, in altri termini, verificarsi un evento dannoso ben determinato, oggettivamente e soggettivamente, riconducibile alla condotta dell'individuo²²³.

Tanto doverosamente premesso, appare utile dedicare qualche rapido cenno - da un punto di vista, per il momento, meramente descrittivo - a taluni modelli di diritto penale, in vario modo, differenziato. Si allude a categorie dogmatiche, quali il diritto penale di lotta, il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'esclusione ed il diritto penale dell'indebolimento, le quali, più o meno sensibilmente, si allontanano dal volto costituzionale dell'illecito penale.

Trattasi di paradigmi, per così dire, trasversali ma che torneranno utili all'esito della presente indagine, quando si tireranno le somme dei dati raccolti, quando si tenterà di inquadrare, se dimostrato dalle riflessioni svolte, il c.d. reato di clandestinità all'interno di tali categorie sistematiche.

3. Vecchie e nuove tipologie di diritto punitivo

Nel solco tracciato, si profilano, come detto, taluni paradigmi generali, modelli di diritto penale differenziato, orientati sull'autore (e non sul fatto).

Di seguito verranno esposte tali teorie da un punto di vista neutrale ed acritico: solo dopo, all'esito della presente riflessione, ci si chiederà se il diritto penale dell'immigrazione in generale, e la contravvenzione di clandestinità *ex art. 10 bis* T.U. I.M.M. in particolare, possano essere, in qualche modo, ricondotti all'interno di uno (o più di uno) di siffatti paradigmi.

²²³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005, pp. 244-245.

In altre parole, una volta tirate le somme dei dati raccolti nell'ambito della presente riflessione, si renderà possibile la ricerca di tracce di tali paradigmi all'interno della legislazione italiana in materia di immigrazione.

3.1 Il diritto penale del nemico ed il diritto penale di lotta

Nell'ambito delle tipologie di diritto punitivo che negli ultimi decenni sono tornate alla ribalta, la teoria del “*diritto penale del nemico*”, teorizzata da Günther Jakobs²²⁴, ha senza dubbio assunto un ruolo di indiscusso protagonismo.

In via di estrema sintesi, siffatta categoria mette in risalto l'esistenza di un codice binario nella legislazione penale: garantista per gli inclusi (diritto penale del cittadino), repressiva per gli “*altri*” (diritto penale del nemico, appunto)²²⁵.

Nemico è colui che, nel suo comportamento, abbia rifiutato volontariamente lo *status* di cittadino (*Bürger*) per autoconvertirsi in nemico (*Feind*) del sistema. Per ciò solo lo Stato, secondo Jakobs, si autolegittimerebbe ad offrire al resto dei cittadini una protezione rafforzata da coloro che abbiano violato le aspettative normative su di loro riposte .

²²⁴ Per la nozione di diritto penale del nemico, cfr. G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo* (trad. it. *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, 2007, pp. 5-28). Per la nozione di diritto penale del nemico qui utilizzata – quale forma radicale di diritto penale di lotta – cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, pp. 55 ss., 74 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 53 e ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 735 e ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, R. E. KOSTORIS e R. ORLANDI (a cura di), Torino, 2006, pp. 19 e ss.; nonché, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, pp. 666 e ss. Più in generale, si rinvia alle seguenti opere antologiche o collettanee: M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; A. GAMBERINI, R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007. La categoria del diritto penale del nemico, fino a non molto tempo fa, era fondamentalmente utilizzata in riferimento al terrorismo, nazionale ed internazionale; tuttavia, è ormai frequente l'inquadramento del diritto penale dell'immigrazione nella categoria del diritto penale del nemico: fra gli altri, si segnala: A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, pp. 45 e ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *L'Indice Penale*, 2006, pp. 181 e ss.

²²⁵ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2009, p. 17.

In altre parole, ci sono individui, che per la qualità e l'efferatezza dei loro comportamenti, delle loro condotte delittuose, non possono essere considerati alla stregua di persone (titolari, quindi, delle garanzie proprie dello Stato di diritto), non possono essere trattati come semplici cittadini che delinquono, ma come nemici della società, fuori da questa. A questi verrà applicato il diritto penale del nemico, un diritto penale speciale e di lotta.

Caratteristiche paradigmatiche di tale modello sembrano essere:

1. l'accentuato arretramento della tutela penale ad atti meramente preparatori, con conseguente mutamento di paradigma, dalla prospettiva del fatto commesso a quello che si va a realizzare: la prospettiva dell'ordinamento giuridico-penale è, in altre parole, prognostica (il punto di riferimento è un fatto futuro) anziché – come avviene usualmente – retrospettiva (ove punto di riferimento è il fatto commesso);
2. gli altissimi livelli sanzionatori, senza alcuna riduzione di pena proporzionale a detta anticipazione della tutela rispetto all'offesa al bene finale;
3. la corrispondente riduzione, sul piano processuale, delle garanzie difensive nei procedimenti aventi ad oggetto nemici, e non comuni delinquenti .

In realtà, Jakobs individua anche una quarta caratteristica, consistente nell'assenza di ogni significato simbolico della pena, che avrebbe qui una mera funzione di neutralizzazione della pericolosità individuale. L'ordinamento, accertata l'impossibilità di dialogare con il nemico, «*taglia*» con costui ogni tipo di rapporto: la pena non ambisce più a rieducare o a risocializzare il reo (poiché la prevenzione speciale positiva presuppone un dialogo), risolvendosi in pura coazione, sino ad arrivare alla guerra .

Com'è stato rilevato, “*Il concetto di Feindstrafrecht - cui ricorre Jakobs, contrapponendolo all'altro, Bürgerstrafrecht – individua un codice binario, nemico/cittadino, che riproduce e trasforma il codice politico dell'amico/nemico [...] Quel codice segna l'ultima*

*fase di uno scivolamento semantico che ha visto i sistemi politici lavorare con differenziazioni “paradossali”: amico/nemico, inimicus/hostis (nemico interno/nemico esterno), nemici/criminali”*²²⁶.

Questo, dunque, il fulcro delle argomentazioni di Jakobs:

- al delinquente normale vanno riservati tutti i diritti (lo *status*) del cittadino, consentendogli la reintegrazione nel patto sociale: egli, infatti, rimane un valido destinatario della norma, perché la contraddice e non la nega radicalmente;
- al delinquente per convinzione, invece, che si collochi al di fuori dell'ordine sociale perché intende minacciarlo costantemente, diventando per principio un avversario dell'ordinamento giuridico, non si può applicare un diritto dialogico: egli va trattato come un soggetto pericoloso e, quindi, la pena non contraddice la violazione di una norma da parte di un soggetto che riconosce l'ordinamento, ma svolge il mero compito di eliminazione di un pericolo. In questo senso egli non è una persona, cioè un soggetto rispetto al quale sia ancora possibile il dialogo da parte dell'ordinamento, e perciò nello stesso senso il diritto svolge contro di lui una guerra o una lotta, esattamente come contro un nemico.

È quest'ultimo, secondo Jakobs, il diritto penale del nemico: un diritto che guarda al futuro (per neutralizzare pericoli) e non al passato (per riaffermare la vigenza di una norma)²²⁷; una realtà, peraltro, ampiamente rappresentata nel diritto penale contemporaneo: dalle misure di sicurezza, alle numerose leggi intitolate a una qualche «*lotta contro*» vari fenomeni (per es. in Germania le leggi per la lotta contro la criminalità economica, contro il terrorismo, contro i delitti sessuali, contro la criminalità organizzata, etc.), al diritto penale internazionale.

In questi casi, secondo Jakobs, rispetto a chi orienta la sua vita ad un'organizzazione criminale duratura, viene meno la presunzione di un

²²⁶ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *L'indice Penale*, 2006, p. 182.

²²⁷ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 752-753.

comportamento fedele all'ordinamento giuridico, caratteristica del cittadino. Allo stesso modo viene meno una delle condizioni dello *status* di persona. Anche per questo si differenziano i due tipi di diritto penale nelle loro regole operative: nel diritto penale del nemico, infatti, vi è una forte rinuncia alle garanzie sostanziali e processuali, garantite, invece, nel diritto penale del cittadino.

In tale teorizzazione, profondamente conservatrice e regressiva, avversata da ogni giurista democratico²²⁸, emerge - abbastanza chiaramente - il paradigma del “*diritto penale d'autore*”, pensato e praticato a partire dallo stesso concetto di cittadinanza che da criterio per includere tutti nello stato di diritto diviene parametro per escludere gli “*altri*” dalla protezione dei diritti, anche quelli fondamentali²²⁹. Ed infatti, il riconoscimento istituzionale dell'appartenenza di una persona alla categoria dei nemici avviene, necessariamente, in considerazione delle caratteristiche dell'autore più che alla sua condotta penalmente rilevante²³⁰.

Innumerevoli sono state le voci che si sono levate²³¹, tutte critiche a questa esposizione dogmatica, soprattutto dal punto di vista della rinuncia ad alcune libertà individuali e alla flessibilizzazione dei principi penali dello Stato di diritto, ma in questo capitolo non saranno oggetto di trattazione diretta²³².

²²⁸ Sul punto, fra gli altri, si rinvia a L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 797. L'A., in particolare, si chiede: “*Di che cosa stiamo discutendo quando parliamo di “diritto penale del nemico”? La ragione giuridica dello stato di diritto non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Io credo che dobbiamo riconoscere, con assoluta fermezza, che stiamo parlando di una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza*”.

²²⁹ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2009, pp. 17-18.

²³⁰ K. AMBOS, *Feindstrafrecht*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006, p. 1-30 (trad. it. *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, *Quaderni di Diritto Penale comparato, internazionale ed europeo*, 2007, pp. 29 e ss).

²³¹ Per quanto riguarda la dottrina italiana notevoli sono gli spunti di riflessione che ci provengono, oltre che dal citato Ferrajoli, dai contributi di Massimo Donini, Domenico Pulitanò, Gaetano Insolera, Francesco Viganò e Federica Resta.

²³² Basti qui rilevare che il tema del diritto penale del nemico è oggi ritornato alla ribalta e che le radicalizzazioni dello strumento penale, in parte presenti in talune legislazioni (si pensi solo alla legislazione americana in materia di terrorismo internazionale), rappresentano un fenomeno in preoccupante espansione. In Italia, negli ultimi trent'anni, il diritto penale del

Ciò premesso, la nozione di “*diritto penale del nemico*” qui utilizzata costituisce, in particolare, una forma radicale di “*diritto penale di lotta*”, concetto questo più generale, relativo ad ipotesi legislative, anche europee, in parte legittime o a prassi ermeneutiche di lotta sempre di dubbia legittimazione²³³.

Nel presente scritto le espressioni “*diritto penale del nemico*” e “*diritto penale di lotta*” sono, infatti, riferite a fenomeni simili e confinanti, ma non identici. Il diritto penale del nemico costituisce, a parere della gran parte della dottrina penalistica, un'espressione giuridicamente illegittima: violenza, non diritto o diritto illegittimo²³⁴. Non così, a certe condizioni, il diritto penale di lotta, che rappresenta oggi una realtà e un concetto normativi ufficiali dell'Unione Europea, peraltro suscettibili di diventare una forma di diritto penale del nemico, nell'uso concreto che se ne può fare²³⁵.

Passate in rassegna, seppur in maniera estremamente sintetica, le categorie del “*diritto penale del nemico*” e del “*diritto penale di lotta*”, è ora possibile concentrare l'attenzione su altre due tipologie di diritto penale che, con ogni probabilità,

nemico è stato chiamato diritto penale dell'emergenza. L'emergenza, prima contro il terrorismo, poi contro la mafia, poi contro la corruzione istituzionale e, nelle ultime decadi, contro l'immigrazione clandestina, è divenuta, come rilevato, una costante del sistema, una sorta di “*perenne emergenza*”, invocata via via per molte altre situazioni “*urgenti*”, che hanno, verosimilmente, inquinato sia il diritto penale sostanziale sia il diritto penale processuale. Per tali considerazioni, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 54-55. Per il concetto di “*perenne emergenza*” e per le relative implicazioni, vedasi, S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005, 1997.

²³³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 114.

²³⁴ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 115. Secondo l'A., le ragioni per le quali il diritto penale del nemico è un diritto, sostanzialmente, illegittimo, sono le seguenti: “*cessando il diritto penale della colpevolezza per essere sostituito dal diritto penale della pericolosità, si infrange il diritto penale del fatto, soppiantato da quello d'autore [...] si perde la finalità della pena di recupero e risocializzazione, sostituita da sanzioni escludenti, di pura neutralizzazione, o di marcata gravità afflittiva che celano scopi di eliminazione sociale. Rigore sanzionatorio sproporzionato, dunque [...] oppure tortura, segregazioni di fatto, trasformazione della pena in misura di sicurezza, o anche esclusioni dal contesto sociale (come le politiche di espulsione quale scopo primario della stessa minaccia della pena). [...] Vietato il garantismo, che vale solo per i cittadini che riconoscono il sistema [...] il diritto penale del nemico viene praticato in modo da non giungere mai davanti a un giudice, eludendo o riducendo i controlli giurisdizionali: si abusa di strumenti parapenalistici di prevenzione e controllo, di detenzioni amministrative, di un impiego insolito di giurisdizioni straniere o di misure adottate in forme tali da eludere la verifica giurisdizionale [...]”.*

²³⁵ Per la differenza intercorrente fra “*diritto penale del nemico*” e “*diritto penale di lotta*”, vedasi M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, contenuto in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, Bologna, 2007, pp. 131 e ss.

stanno prendendo forma negli ultimi tempi: si tratta del diritto punitivo dell'esclusione e del diritto punitivo dell'indebolimento²³⁶.

3.2 Il diritto penale dell'esclusione ed il diritto penale dell'indebolimento

Il nuovo millennio, come detto, ha portato alla ribalta tipologie di diritto punitivo che erano – o si credeva fossero – rimosse dall'immaginario penalistico. Si allude, con ogni evidenza, al diritto penale del nemico.

Ma altre due tipologie di diritto hanno preso forma negli ultimi decenni: si tratta del diritto punitivo dell'esclusione e di quello dell'indebolimento²³⁷.

Per ciò che concerne il primo, ovvero il diritto punitivo dell'esclusione, lo stesso sarebbe contraddistinto dalla circostanza che scopo del meccanismo repressivo non sarebbe quello di integrare, inserire, accogliere, ma piuttosto di emarginare, segregare, neutralizzare²³⁸. L'obiettivo fondamentale sarebbe quello di bandire il reo dalla società in termini tendenzialmente definitivi²³⁹.

Per quanto riguarda il diritto punitivo dell'indebolimento, scopo del meccanismo repressivo non sarebbe quello di escludere, segregare, neutralizzare, ma piuttosto di mantenere il soggetto all'interno della società, rendendolo tuttavia debole e, quindi, suscettibile di strumentalizzazioni.

²³⁶ Si tratta di formule utilizzate da R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, pp. 17 e ss.

²³⁷ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 19. Secondo l'A., la vigente disciplina dell'immigrazione costituirebbe la massima espressione di tali tipologie di diritto punitivo. Dello stesso avviso, M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2007, pp. 684 e ss.

²³⁸ In realtà, osserva l'A., l'intero diritto penale è connotato da una logica "annientatrice", anche perché alla rottura della pace sociale derivante dalla commissione di un reato si risponde mediante un'altra rottura, quella della relazione tra il reo e la società. Tuttavia, dalla condanna in poi, il sistema penale tende a ricucire lo strappo verificatosi: rieducazione e risocializzazione altro non sono che finalità di reintegrazione del reo all'interno della comunità sociale. Non così, nel diritto penale dell'esclusione, ove lo strappo verificatosi è tendenzialmente definitivo. Si veda, sul punto, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 20.

²³⁹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 20.

L'obiettivo sarebbe, in questo caso, quello di tollerare la presenza del soggetto all'interno della società, ma di renderlo particolarmente vulnerabile, indifeso, esposto, fragile e, quindi, sfruttabile in virtù della sua debolezza²⁴⁰.

In sostanza, sia il diritto penale dell'esclusione sia quello dell'indebolimento sono caratterizzati da una prospettiva discriminatoria, data dall'insofferenza nei confronti delle differenze, dal dispregio dell'inferiore per condizione sociale, per razza o per condotta. Tuttavia, gli stessi si differenziano sul piano dell'esito: il diritto punitivo dell'esclusione, come detto, tende a creare una frattura e a segregare; al contrario, il diritto penale dell'indebolimento, in maniera forse più subdola, non intende emarginare il soggetto sul piano fisico-materiale, ma su quello sociale, privandolo di diritti, rendendolo cosa, non-persona²⁴¹.

Un siffatto risultato, quello dell'indebolimento appunto, può essere raggiunto non solo e non tanto per il tramite di misure repressive di carattere penale. Passi in tale direzione possono essere compiuti anche attraverso l'esclusione di taluni soggetti (o non-soggetti) dal novero dei soggetti portatori di diritti, qui intesi in funzione dell'accesso a prestazioni e servizi forniti dalla pubblica amministrazione o anche da privati. Si tratta, in altre parole, di tenere taluno ai margini della convivenza civile, impedendogli anche il compimento di atti che rientrano nel nucleo ristretto di quei diritti fondamentali²⁴² che fanno di un essere umano un soggetto di diritto²⁴³.

²⁴⁰ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 21.

²⁴¹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 21.

²⁴² Ci si riferisce ad atti che nulla hanno a che vedere con il diritto penale e che, piuttosto, riguardano la disciplina amministrativa e civile *tout court*. Senza entrare nel dettaglio, basti qui rilevare come sia possibile tenere taluni soggetti ai margini della convivenza civile anche solo impedendogli di compiere atti come il riconoscimento di un figlio presso gli uffici dello stato civile, o l'iscrizione dello stesso alla scuola secondaria o, ancora, precludendo la possibilità di contrarre matrimonio o, in generale, attraverso l'esclusione della possibilità di usufruire dei servizi pubblici. In altre parole, le misure di carattere amministrativo possono essere molto più afflittive, nei fatti, delle misure repressive di carattere penale, anche se quest'ultimo rimane, comunque, più visibile dal punto di vista comunicativo e simbolico.

²⁴³ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23*

Quale l'obiettivo?

Fare terra bruciata²⁴⁴ attorno a taluni soggetti sul piano sociale e civile, in quanto ritenuti – per ragioni più o meno comprensibili – indesiderati o indesiderabili.

Trattare tali soggetti come “*semi-persone*”, o addirittura, come autentiche “*non-persone*”²⁴⁵.

Tanto premesso, in base alle considerazioni che precedono, si rende possibile affermare come tanto il diritto penale dell'esclusione, quanto il diritto penale dell'indebolimento possano costituire, in qualche modo, segni rivelatori del diritto penale di lotta, o nei casi più vistosi, di un diritto penale del nemico²⁴⁶.

Come già riferito, su tali paradigmi si avrà molto di concentrare l'attenzione nel prosieguo, quando si tireranno le somme dei dati raccolti nella presente riflessione e si renderà possibile la ricerca di tracce di tali modelli, sicuramente differenziati, all'interno della legislazione italiana in materia di immigrazione. In altre parole, quando ci si chiederà se tali paradigmi, in qualche modo, possano essere utilizzati come chiave di lettura della legislazione italiana vigente in materia di immigrazione.

4. *Dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione*

Seguendo lo sviluppo delle nostre riflessioni, bisogna - da ultimo - focalizzare l'attenzione sull'uso della nozione di prevenzione, perché in essa si cumulano una serie di misure, nella maggior parte dei casi simboliche, ma che, per ciò che qui interessa, si pongono, spesso, fuori dal diritto.

aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72-73.

²⁴⁴ L'espressione della «*terra bruciata*» è di L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 27 e ss.

²⁴⁵ H.C.SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersona nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss. (trad. it a cura di Giuseppe Campesi).

²⁴⁶ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 131.

Diritto alla sicurezza²⁴⁷ e libertà civili sono in contrasto tra loro e, come si è visto, è la sicurezza che negli ultimi lustri sembra prevalere. E tutto ciò obbliga ad agire preventivamente: gli eventi da prevenire interpellano il diritto penale, ed è sul penale che si riversano richieste di protezione.

Ecco allora che lo Stato tende, sempre più, ad assumere i caratteri di uno Stato di prevenzione.

Parla di Stato di prevenzione Erhard Denninger contrapponendolo allo Stato di diritto. In estrema sintesi, mentre la logica funzionale dello Stato di diritto si orienta basandosi sulla libertà e sull'autonomia dell'individuo, la logica funzionale dello Stato di prevenzione si orienta basandosi sulle idee di sicurezza e di efficienza e, tendenzialmente, queste due logiche si escludono a vicenda. Più in particolare:

- nello Stato di diritto, l'intervento dello Stato per principio è limitato, si appiglia all'esistenza di un pericolo concreto nel caso singolo, si rivolge ad un disturbatore conosciuto o almeno reperibile o presuppone un sospetto iniziale di un reato commesso. La logica funzionale dello Stato di diritto è, quindi, quella di una reazione misurata, dosata e adeguata;

²⁴⁷ È solo negli ultimi lustri del Novecento che il bisogno di sicurezza ha assunto, secondo alcuni, il livello di diritto fondamentale. Questo modo di leggere la sicurezza pone, peraltro, un problema: quello della sua gerarchia tra i beni originari dell'individuo e quelli strumentali della politica. Se non ha una valenza più politica e contingente, ha il medesimo rango degli altri diritti dell'individuo. Ne risulta che lo Stato si sente legittimato a gestire la sicurezza bilanciandola con la vita e la libertà come se fossero parigrado, anziché essere tenuto a trovare in questi ultimi beni fondamentali un limite alla gestione politica della sicurezza. Non sono in gioco mere sensibilità filosofiche, la teoria dei diritti fondamentali si vede ancora oggi costretta a fare i conti con l'esigenza di gerarchizzare i diritti, e in particolare quelli individuali e quelli collettivi. Sul punto, vedasi, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3560. Sull'argomento, vedasi, D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), Bologna, 2011, pp. 119 e ss. Secondo l'A., l'idea di sicurezza si presta piuttosto a definire un interesse strumentale, un bisogno (una pretesa) di tutela anticipata di interessi finali e, in questo senso, orizzonte ultimo, totalizzante, del discorso e del mondo penalistico. Vedasi, altresì, A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, p. 22. Secondo l'Autore, come già accennato, posto che nel sistema giuridico i bisogni si presentano nella forma dei diritti, tuttavia, il bisogno di sicurezza non costituisce un bisogno primario, ma accessorio (e in questo senso "secondario") a tutti gli altri bisogni riconosciuti come diritti. Detto in altre parole, un "diritto fondamentale alla sicurezza" non sarebbe altro che il risultato di una costruzione costituzionale falsa o perversa.

di conseguenza, la determinatezza della legge e il principio di proporzionalità ne costituiscono i pilastri portanti;

- la logica funzionale dello Stato di prevenzione opera ben diversamente:
 1. essa non aspetta che un concreto danno diventi probabile o che si mostrino i sintomi di un delitto commesso, ma cerca di prevenire rischi di ogni tipo;
 2. fa parte della logica di uno Stato di prevenzione la smisuratezza, perché manifesta l'immensità dell'aspirazione ad un ideale irraggiungibile: la sicurezza, come compito prioritario dello Stato che, però, non potrà mai ottenere a sufficienza, ma che lo pungola permanentemente a nuove attività;
 3. la logica funzionale dello Stato di prevenzione si riflette, anche, su scala globale e nei rapporti internazionali: una manifestazione esemplare della nuova logica di prevenzione ci è stata presentata dalla dottrina della guerra preventiva inaugurata dall'amministrazione Bush pochi anni or sono²⁴⁸;
 4. ricordiamo ancora un'altra conseguenza della logica dell'agire preventivo che si orienta non più soltanto secondo il pericolo, ma soprattutto secondo i rischi, non più secondo il sospetto, ma secondo la potenziale e generale criminalità: se il rischio esiste sempre e dappertutto, esso diventa la normalità e allora la non-pericolosità è l'eccezione che ogni cittadino deve provare per la propria persona;
 5. in questo modo, il diritto alla sicurezza viene interpretato come

²⁴⁸ Chiaramente qui interessa la retorica giustificativa della guerra preventiva, non le sue ragioni reali. La giustificazione della guerra preventiva non è, infatti, diversa da quella della guerra contro la criminalità terroristica e, per ciò che qui interessa, da quella della lotta contro l'immigrazione clandestina. La guerra dichiarata da Bush contro il terrorismo è stata definita "guerra giusta", così argomentando: in casi di suprema emergenza, quando ci si trovi di fronte a nemici che ripugnano moralmente perché rappresentano l'"incarnazione del male nel mondo", nessun limite di carattere morale o giuridico può essere rispettato da parte di chi, essendone minacciato, si difende; qualunque azione armata diretta all'annientamento del nemico dovrebbe essere considerata legittima. Cfr., in argomento, M. WALZER, *Just and Unjust Wars, Basic Books, New York, 1977*, trad. it. di Fabio Armao, *Guerre giuste e ingiuste: un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Napoli, 1990.

legittimazione, per lo Stato, all'azione, richiedendo, da parte dello Stato stesso, il dirigere complessivo dei rischi²⁴⁹. In altre parole, al diritto alla sicurezza delle potenziali vittime corrisponde un dovere di azione dello Stato.

Secondo una recente ricostruzione²⁵⁰, che si adatta soprattutto alla prevenzione contro il terrorismo internazionale, ma che può risultare utile anche in questa sede, verrebbero meno, o entrerebbero in crisi, nello Stato di prevenzione, alcune caratteristiche fondamentali dello Stato di diritto: il comportamento conforme al diritto non fa più tenere a distanza dal cittadino l'intrusione dello Stato, perché ogni cittadino rappresenta comunque un rischio potenziale che deve essere sorvegliato o controllato; la distinzione tra morale e diritto verrebbe meno, dovendosi indagare l'atteggiamento interiore o comunque di “*inimicizia*” che anima i singoli; il principio di eguaglianza sarebbe compromesso dall'esigenza di selezionare i rischi che si concentrano soprattutto in alcune tipologie di soggetti o gruppi; la stessa possibilità di bilanciare (diritti di) libertà e sicurezza sfumerebbe in ragione del carattere diffuso e reticolare dei rischi che, a differenza dei pericoli concreti e orientati a danni specifici, sono invece potenzialmente catastrofici e a vittima indeterminata, ma nello stesso tempo non misurabili, sì da non permettere un giudizio di proporzione (e un conseguente controllo giurisdizionale) tra le lesioni dei diritti che l'esigenza di protezione comporta e i vantaggi in tal modo garantiti²⁵¹.

Le tendenze qui tratteggiate trovano riscontro in dati normativi di ogni ordinamento, ovunque si pone l'esigenza di una risposta preventiva accentuata,

²⁴⁹ E. DENNINGER, *Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione” - e l'autonomia della persona*, contenuto in *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, a cura di G. MININNI, 2003, Napoli, pp. 70 e ss.

²⁵⁰ S. HUSTER – K. RUDOLPH, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Subrkamp, Frankfurt a.M., pu 2008, p. 163 e ss. citato in M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3561.

²⁵¹ Ricostruzione contenuta in M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3561.

che controlli alla radice le fonti di rischio, piuttosto che i pericoli concreti²⁵².

La dottrina penalistica ha parlato di passaggio dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione, fino a non molto tempo fa, fondamentalmente rispetto alla gestione dei rischi tecnologici e, soprattutto, alla prevenzione del terrorismo.

Quella stessa dottrina penalistica ha però, di recente, parlato di siffatto passaggio allo Stato di prevenzione, per ciò che concerne l'ordinamento italiano, con riferimento alla disciplina dell'immigrazione, affermando che la stessa presenta, appunto, chiari sintomi del passaggio al detto Stato di prevenzione, cioè *“a uno Stato che per ragioni di sicurezza chiede ai cittadini di rinunciare ai diritti che vantano verso lo Stato stesso, anticipando l'intervento invasivo dei pubblici poteri a ogni livello, e non solo in vista di singole, circoscritte emergenze”*²⁵³.

E si tratterebbe di un passaggio ove *“la sicurezza, tradizionalmente considerata condizione necessaria al godimento dei diritti individuali (e pertanto quale bene strumentale la cui tutela incontra inevitabilmente il limite del rispetto dei diritti stessi), assurge essa stessa a diritto fondamentale, con conseguente ridefinizione della gerarchia dei beni da tutelare e la collocazione della sicurezza in una posizione pari-ordinata rispetto ai diritti individuali che possono pertanto risultare limitati laddove ciò si avveri necessario alla tutela della stessa”*²⁵⁴.

E allora, quale funzione, allo stato attuale, si chiede di svolgere al diritto penale?

Ma soprattutto, quando è legittimo che il diritto penale intervenga? È ancora possibile parlare, non solo per ciò che concerne la disciplina dell'immigrazione, della sanzione penale come *extrema ratio*²⁵⁵? O piuttosto, sarebbe peregrino

²⁵² M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3561.

²⁵³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 130. Secondo l'A., si tratterebbe di un fenomeno in progressiva espansione, tanto che, non solo il diritto penale in materia di terrorismo e, adesso, quello in materia di immigrazione, assisterebbero a tale mutamento; piuttosto, anche i reati che riguardano la sicurezza del lavoro, dell'ambiente, dei prodotti, degli alimenti, dei dati informatici sarebbero ormai *“scientificamente allocati in una sfera molto anticipata, lontanissima dalle soglie del pericolo concreto e più arretrata di quelle del pericolo astratto”*.

²⁵⁴ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, pp. 3559-3560.

²⁵⁵ Come noto, in base ad una concezione «ristretta» del principio di sussidiarietà il ricorso allo strumento penale è legittimo solo quando la salvaguardia del bene giuridico in questione non sarebbe ottenibile attraverso sanzioni di natura extrapenale (amministrativa o civile), donde la penalizzazione si presenterebbe come una scelta obbligata: a parità di efficacia il legislatore dovrebbe infatti optare per lo strumento di tutela che comprime meno diritti, utilizzando la

parlare di diritto penale come “*prima*” *ratio*, in quanto pensato come strumento da impiegare in via prioritaria, e a prescindere dall’esistenza di altre misure punitive meno repressive²⁵⁶?

In altre parole, è ancora possibile, nella disciplina dell’immigrazione, parlare di sussidiarietà dell’intervento penale? E, correlativamente, qual è la reale funzione della criminalizzazione dello *status* di irregolare? In ultima analisi, l’art. 10 *bis* T.U. I.M.M. è un esempio di intervento penale rispettoso del principio di *extrema ratio*?

In estrema sintesi, v’è da chiedersi, una volta di più, se e quali limiti incontri il legislatore nella scelta sul se e quanto punire²⁵⁷.

E qui il cerchio si chiude: è, adesso, possibile passare all’oggetto materiale della presente riflessione giuridica, enucleando, da un punto di vista squisitamente esegetico, la disciplina positiva del c.d. reato di clandestinità.

Non si può, infatti, rispondere alle inevitabili domande, poste poco sopra, né comprendere appieno le dinamiche accennate, se non si fa un passo indietro, inquadrando il reato di cui all’art. 10 *bis* T.U. I.M.M., nella sua dimensione sostanziale ed in quella processuale.

sanzione penale solo come *extrema ratio*. Secondo una concezione più «*ampia*», la sanzione penale sarebbe comunque da preferire anche nei casi di non strettissima necessità, tutte le volte in cui la funzione «*stigmatizzante*» propria della pena risulti utile ai fini di una più forte riprovazione del comportamento criminoso e, di conseguenza, di una più energica riaffermazione dell’importanza del bene tutelato. È chiaro che in tale ultima accezione viene valorizzato maggiormente il ruolo simbolico connesso alla minaccia della sanzione penale. Il principio di sussidiarietà però non si limita ad esigere che la sanzione sia conforme allo scopo, ma vuole altresì che essa sia proporzionata ad esso: è il c.d. principio di proporzionalità. Per la nozione di sussidiarietà, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2004, p. 28-29. Sulla nozione di sussidiarietà, vedasi altresì, M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 9.

²⁵⁶ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

²⁵⁷ C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Critica del diritto*, 2005, p. 229.

CAPITOLO III

La contravvenzione di immigrazione illegale

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *L'iter parlamentare: un andamento decrescente.* – 3. *La finalità dell'incriminazione.* – 3.1. *Il bene giuridico tutelato.* – 3.2. *La finalità della norma e la direttiva comunitaria sui rimpatri.* – 4. *Il soggetto attivo.* – 5. *Le condotte incriminate.* – 5.1. *L'ingresso illegale.* – 5.2. *Il soggiorno illegale.* – 6. *L'elemento soggettivo.* – 7. *La mancata previsione della clausola del "giustificato motivo".* – 8. *Limiti alla rilevanza penale delle condotte incriminate.* – 9. *Rapporti con altre norme incriminatrici.* – 10. *Disciplina sanzionatoria e processuale.* – 10.1. *Premessa.* – 10.2. *La sanzione.* – 10.3. *L'espulsione come sanzione sostitutiva.* – 10.4. *L'esclusione del nulla osta all'espulsione.* – 10.5. *La sentenza di non luogo a procedere.* – 10.6. *Cenni sull'atipicità del procedimento penale nei confronti dello straniero.* – 10.6.1. *Premessa.* – 10.6.2. *La competenza.* – 10.6.3. *Il procedimento di cui agli artt. 20 bis e 20 ter del decreto legislativo n. 274/2000.* – 10.6.4. *La causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto.* – 11. *Critiche alla norma e conclusioni parziali.* – 12. *Postilla: le novità introdotte in materia amministrativa. Cenni.*

1. *Premessa*

Con la legge 15 luglio del 2009, n. 94, recante “*disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, è stato introdotto nel nostro ordinamento il c.d. reato di clandestinità. L’art. 1, comma 16 lett. a) della legge indicata ha, infatti, previsto nel testo unico dell’immigrazione l’art. 10 *bis*, con il quale – per la prima volta – vengono penalmente sanzionati l’ingresso ed il soggiorno *contra ius*.

Si assiste, invero, non solo ad una significativa radicalizzazione degli orientamenti già emersi con il D.L. 23.05.2008, n. 92 (c.d. decreto sicurezza)²⁵⁸, ma ad una vera e propria svolta nel sistema normativo in materia di immigrazione: la violazione delle norme riguardanti l’ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, sanzionata fino a quel momento, soltanto con lo strumento amministrativo dell’espulsione, viene elevata ad illecito penale²⁵⁹.

Viene, pertanto, abbandonata la linea legislativa, fino a quel momento seguita, basata sull’illiceità solo amministrativa dell’ingresso e della permanenza illegali. L’intervento penale nei confronti dello straniero irregolare era previsto, fino all’introduzione dell’art. 10 *bis*, solo a presidio dell’effettività dei provvedimenti espulsivi, mediante i c.d. reati collegati all’espulsione (art. 13 e 13 *bis*, e art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater* T. U. I.M.M.).

Si è già avuto modo di enucleare le ragioni che, con ogni probabilità, hanno indotto il legislatore ad introdurre una disposizione siffatta. Ragioni, sostanzialmente, legate alla crescente sensazione di insicurezza: il fenomeno migratorio, lo abbiamo già ricordato, in Italia, come altrove, viene affrontato come una questione di ordine pubblico “*alla perenne ricerca di soluzioni normative capaci di rendere visibile all’opinione pubblica la «cattiveria» [...] di chi governa nei confronti del crimine e dei criminali che allignano tra i clandestini*”²⁶⁰.

²⁵⁸ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 38.

²⁵⁹ T. CATANANTI, *I reati in materia di immigrazione dopo il pacchetto sicurezza*, in *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 214.

²⁶⁰ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23*

Superfluo ricordare come l'art. 10 *bis* sia stata una delle disposizioni che ha fatto più discutere: è stata oggetto di particolari critiche nel corso dei lavori preparatori²⁶¹ ed è stata anche oggetto di attenzione da parte del Presidente della Repubblica nella lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge²⁶², nonché – naturalmente – oggetto di critiche, come si spiegherà, da parte della dottrina²⁶³.

Ad ogni modo, se da un lato, la riforma in generale e l'art. 10 *bis* in particolare inseguono e soddisfano, com'è stato rilevato, le “*pulsioni securitarie*”²⁶⁴, dall'altro lato, esse sono risultate con ogni probabilità sorde al severo monito lanciato, poco tempo prima, dalla Corte costituzionale al legislatore con la sentenza n. 22 del 2007²⁶⁵.

È il caso di ricordare, in questa sede, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza: “*il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi*

aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 28.

²⁶¹ Sui lavori preparatori si concentrerà l'attenzione a breve.

²⁶² Nella lettera che il Presidente della Repubblica ha inviato al Presidente del Consiglio, ai Ministri della Giustizia e dell'Interno, nel promulgare la legge n. 94/2009, con riferimento all'art. 10 *bis*, si legge: «*Esso punisce non il solo ingresso, ma anche il trattenimento nel territorio dello Stato. La norma è perciò applicabile a tutti i cittadini extracomunitari illegalmente presenti nel territorio dello Stato al momento della entrata in vigore della legge. Il dettato normativo non consente interpretazioni diverse: allo stato, esso apre la strada ad effetti difficilmente prevedibili. In particolare, suscita in me forti perplessità la circostanza che la nuova ipotesi di trattenimento indebito non preveda l'esimente della permanenza determinata da “giustificato motivo”. La Corte costituzionale (sentenze n. 5/2004 e n. 22/2007) ha sottolineato il rilievo che la esimente può avere ai fini della “tenuta costituzionale” di disposizioni del genere di quella ora introdotta*». Sull'esimente del “*giustificato motivo*” si concentrerà l'attenzione nel prosieguo. Ciò che qui importa rilevare è che, anche il Presidente della Repubblica, al momento della promulgazione, ha manifestato più di una perplessità in ordine all'introduzione, nell'ordinamento italiano, del c.d. reato di clandestinità.

²⁶³ Basti per il momento ricordare l'appello, sottoscritto da noti giuristi il 25 giugno 2009, affinché il legislatore desistesse dall'introdurre il c.d. reato di clandestinità. Fra i firmatari dell'appello comparivano, fra gli altri, Angelo Caputo, Massimo Donini, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Luigi Ferrajoli, Gabrio Forti, Guido Neppi Modona, Paolo Morozzo della Rocca, Valerio Onida, Livio Pepino, Carlo Renoldi, Stefano Rodotà, Gustavo Zagrebelsky.

²⁶⁴ Fra gli altri, D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, p. 559.

²⁶⁵ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1324.

successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa". Il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nello Stato, prosegue la sentenza, è *"un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione"*²⁶⁶.

Tanto detto, all'esito della presente riflessione, si renderà possibile saggiare se il preoccupato monito della Corte costituzionale sia rimasto o meno inascoltato, ovvero se la disciplina italiana in materia di immigrazione presenti, ancora oggi, quegli *"squilibri, sproporzioni e disarmonie"* che la stessa corte aveva, a suo tempo, denunciato.

Ad ogni modo, l'attuale previsione, inserita all'art. 10 *bis* del testo unico dell'immigrazione stabilisce che *«salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007 n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro»*²⁶⁷.

Insieme alla disposizione incriminatrice, la legge n. 94/2009 introduce una

²⁶⁶ Così, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5 *ter*, d. lgs. 286/1998, Corte cost. 22 gennaio 2007, n. 22.

²⁶⁷ Così prosegue la disposizione che ci si appresta ad analizzare: *«Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 1. 3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20 bis, 20 ter e 32 bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274. 4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'art. 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. 5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato, prima del termine previsto dall'art. 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale. 6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere»*.

specifica disciplina in ordine al procedimento applicabile ed all'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato per il reato in esame, prevede la sentenza di non luogo a procedere nei casi di esecuzione del respingimento o dell'espulsione, disciplina gli effetti sul procedimento della presentazione di una domanda di protezione internazionale e, infine, estende al caso di condanna per il reato in esame la facoltà per il giudice (di pace) di sostituire la pena dell'ammenda con l'espulsione²⁶⁸.

Per la più approfondita disamina degli aspetti processualistici, si fa rinvio ai paragrafi successivi della presente trattazione, qui solo tratteggiati per fornire una cornice in cui collocare i profili di diritto penale sostanziale, oggetto dei prossimi paragrafi.

In particolare, nel presente capitolo, si procederà, in prima battuta, analizzando i detti profili di carattere sostanziale, successivamente quelli di carattere processuale ed, infine, si tratteggeranno taluni profili di natura più propriamente amministrativa che, in ragione della loro importanza, intesa nel senso di reale incisione sulla vita dei migranti irregolari, permetteranno di cogliere davvero il senso della disciplina penale, collocandola all'interno del complesso disegno normativo in commento²⁶⁹.

Oggi, più che mai, nel settore dell'immigrazione le previsioni del diritto amministrativo assumono importanza e vanno coordinate con quelle del

²⁶⁸ F. FERRARO, *Le modifiche in tema di reati e sanzioni connessi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica)*, aggiornato alle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "Mille occhi sulle città" dell'11 febbraio 2010, F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), Milano, 2010, p. 99.

²⁶⁹ Com'è stato osservato, "Uno sguardo cursorio a tali misure è di sicuro interesse per il penalista: non solo perché fa luce sul più ampio contesto di interventi normativi nel quale si inseriscono quelli di natura penale, ma anche perché, oggi più che mai, nel settore dell'immigrazione le previsioni del diritto amministrativo assumono importanza e vanno coordinate con quelle del diritto penale, rispetto ad esse in funzione accessoria". Sul punto, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1325. Tra l'altro, la disamina degli aspetti amministrativi contribuirà a rivelare se - nei fatti - l'obiettivo ultimo del legislatore sia realmente stato quello di fare "terra bruciata" attorno all'extracomunitario irregolare. Come già ricordato, l'espressione della «terra bruciata» è di L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 27 e ss.

diritto penale: la collocazione di taluni istituti in una zona di confine tra rami diversi dell'ordinamento, il diritto penale ed il diritto amministrativo, illumina il significato complessivo della normativa *de qua*²⁷⁰.

2. *L'iter parlamentare: un andamento decrescente*

Come già ricordato sopra, l'inserimento del reato di immigrazione clandestina è stato caratterizzato da un percorso che ha registrato un andamento, per così dire, decrescente²⁷¹.

Nella versione originaria del disegno di legge di iniziativa governativa (art. 9, d.d.l. n. 773/2008), recante “*disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, era incriminato, a titolo di delitto, il solo ingresso illegale dello straniero. La pena comminata era della reclusione da sei mesi a quattro anni, era previsto l'arresto obbligatorio e l'obbligo di procedere con il rito direttissimo, nonché l'obbligo - nel pronunciare sentenza di condanna - di ordinare l'espulsione dello straniero. L'articolo 10 *bis* nella versione finale si presenta notevolmente modificato: da un lato, è stata attenuata l'iniziale severità con il passaggio da delitto a contravvenzione²⁷² mentre la condotta dell'ingresso è stata integrata dal trattenimento (ampliando, peraltro, notevolmente l'ambito di applicabilità della norma). Tale mutamento ha comportato l'eliminazione del rito direttissimo ed il passaggio di competenza al giudice di pace, che è un giudice non professionale.

La soluzione normativa adottata è, pertanto, assai meno radicale di quella ipotizzata in origine²⁷³.

²⁷⁰ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 28.

²⁷¹ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 92.

²⁷² Così, con un emendamento del Governo, si è optato, *melius re perpensa*, per il riduzionismo della trasformazione del reato da delitto in contravvenzione, con una sorta di “Piano B”, comportante - di fatto - una ricollocazione sistematica dell'introdotta reato di clandestinità. In tal senso, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 92.

²⁷³ Una decisa marcia indietro che, secondo alcuni, denota - fra le altre cose - l'assoluta ascientificità delle scelte qualificatorie, totalmente in balia delle pressioni politiche contingenti. Sul punto, L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio*

Ora, un mutamento così significativo, soprattutto se si considera la trasformazione in illecito contravvenzionale, presenta - per molti - un significato inequivoco: per arginare in qualche modo l'impatto della nuova incriminazione e per evitare la paralisi del sistema carcerario, il legislatore ha ridimensionato il trattamento sanzionatorio, optando per la sola sanzione pecuniaria (peraltro, non oblabile)²⁷⁴ ed ha istituito una corsia "dedicata", introducendo un nuovo rito dinanzi al giudice di pace.

Quanto alla sanzione prevista, non può non evidenziarsi come l'importo dell'ammenda comminata sia significativamente elevato (tra 5.000,00 e 10.000,00 euro) e come sia, in ogni caso, esclusa la possibilità di estinguere la contravvenzione mediante oblazione²⁷⁵.

Sembra quasi che il legislatore, avendo dovuto rinunciare alla sanzione detentiva ed alla configurazione del reato come delitto, abbia voluto

2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 32.

²⁷⁴ Come si spiegherà meglio a breve, secondo alcuni, non è, peraltro, solo questa la ragione che ha indotto il legislatore a questo cambio di rotta. Ci si riferisce a coloro che ritengono che l'art. 10 bis, così congegnato (con la previsione, in particolare, dell'espulsione come sanzione sostitutiva), abbia consentito all'Italia di non adeguarsi, nella sostanza, alla Direttiva rimpatri e, pertanto, di continuare a prevedere l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica (o l'eventuale trattenimento nei C.I.E.), come normale modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione. E ciò in ragione di quella disposizione della Direttiva rimpatri, l'art. 2, che consente agli Stati di non applicare la direttiva stessa "ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione". Un modo, quindi, per eludere l'applicazione della Direttiva rimpatri. Per tutti, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1332. Dello stesso avviso, C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 163. Secondo l'A., con l'introduzione di un reato *ad hoc* - ovvero del reato di clandestinità - si è tentato di «sterilizzare» gli obblighi imposti dalla Direttiva, rivelando, in particolare, che "con l'art. 10 bis, l'espulsione è diventata conseguenza accessoria della sanzione penale e, in sostanza, la deroga di cui all'art. 2, par. 2, lett. b) è divenuta regola per non riconoscere i diritti garantiti dalla Direttiva stessa".

²⁷⁵ Si può - dunque - rilevare che le modifiche intervenute hanno inciso sul fatto tipico solo estendendolo (al soggiorno illegale), non per renderlo più lesivo, e però hanno mutato radicalmente la sua qualificazione e la pena. Com'è stato osservato da M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 125: "per il legislatore il medesimo fatto (l'ingresso illegale, nel caso di specie) può costituire indifferentemente un delitto doloso punibile con la reclusione da sei mesi a quattro anni (così il testo originario) o una trasgressione di polizia punita con l'ammenda da 5000 a 10.000 euro. Davvero un omaggio alla scienza della legislazione".

compensare con la previsione di livelli edittali significativamente elevati, nonché con la costruzione, di fatto, di una corsia “*dedicata*”, introducendo un nuovo rito dinanzi al giudice di pace.

Come già rilevato, tenuto conto delle considerazioni che precedono, forte è stata l'impressione che, come autorevolmente rilevato, si sia puntato più sull'effetto annuncio del nuovo reato che sulla reale capacità repressiva dello strumento adottato²⁷⁶, mettendo in scena una risposta retoricamente efficace ad uno stato d'animo diffuso, che chiede maggiore rigore verso i clandestini²⁷⁷. E una conferma di tale assunto emergerebbe proprio dalla - sommariamente delineata - ricostruzione dell'*iter* legislativo che ha portato alla versione finale dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.: di fronte al rischio di una “*carcerazione di massa*” dei clandestini, nel corso dei lavori parlamentari il delitto viene derubricato in contravvenzione punita con la sola ammenda²⁷⁸.

Ma probabilmente non è solo questa la motivazione che ha spinto ad una siffatta inversione di rotta. Sul punto si ritornerà a breve.

3. *La finalità dell'incriminazione*

3.1 *Il bene giuridico tutelato*

Occorre premettere come la questione relativa all'oggetto giuridico del reato in esame sia al centro di ricostruzioni eterogenee.

Dalla lettura dell'art. 10 *bis*, al di là dell'effetto simbolico-propagandistico di cui si è già detto, lo scopo dell'incriminazione sembra essere, di primo acchito, quello di impedire l'illegale ingresso e la successiva illecita permanenza sul suolo nazionale e di garantire, per tale via, l'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori e ad evitare i gravi problemi di sicurezza connessi

²⁷⁶ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

²⁷⁷ D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, p. 1079.

²⁷⁸ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

all'immigrazione illegale²⁷⁹.

Il reato sarebbe, pertanto, posto a presidio della disciplina amministrativa prevista per gestire e controllare i flussi migratori: l'interesse dello Stato a gestire e controllare quei flussi, secondo un determinato assetto normativo, assurgerebbe a bene giuridico penalmente tutelato, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero²⁸⁰.

Il bene tutelato, secondo tale impostazione, si identificherebbe, pertanto, nell'interesse a garantire il controllo delle frontiere e, più in generale, l'ordinata regolamentazione dei flussi migratori, in vista della protezione del bene finale dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

Ciò sarebbe in linea con quanto più volte affermato dalla Corte costituzionale, secondo la quale *“la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli”*²⁸¹.

Non può, tuttavia, negarsi, come la disposizione in commento possa, altresì, essere interpretata in maniera - assai - differente: da un punto di vista tecnico, l'obiettivo cui tende l'art. 10 *bis* sembra essere, piuttosto, quello di rafforzare i

²⁷⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 31.

²⁸⁰ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1334. Secondo l'A., il reato in commento non si pone in contrasto col principio di offensività. Di diverso avviso, con accento vario, fra gli altri, A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 32; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 126; L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 49-50.

²⁸¹ Sent. n. 206/2006 e ord. n. 361/2007, citate in 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 121.

dispositivi amministrativi che sanzionano l'irregolarità, allargando le possibilità di ricorrere all'espulsione, cui lo strumento penale pare, di tal guisa, essere preordinato, come si evince plasticamente da una pur sommaria lettura delle nuove disposizioni processuali. Si pensi alla previsione di un rito speciale davanti al giudice di pace, caratterizzato da una particolare speditezza; alla impossibilità di una definizione “*morbida*” del procedimento attraverso lo strumento dell'oblazione; all'introduzione dell'espulsione come sanzione sostitutiva della pena pecuniaria; alla mancata previsione del *nulla osta* da parte dell'autorità giudiziaria per l'espulsione amministrativa, che ne consentirà una più sollecita esecuzione²⁸²; alla sentenza di non luogo a procedere in caso di avvenuta espulsione dello straniero.

Secondo questa impostazione, la norma incriminatrice presenterebbe, pertanto, natura marcatamente sanzionatoria, o meglio, strumentale all'esecuzione dell'espulsione, ponendosi, in tale prospettiva, a presidio della normativa dettata dal testo unico dell'immigrazione. La finalità pare, pertanto, essere quella di consentire e favorire – in tutti i modi – l'allontanamento dello straniero.

Da un punto di vista formale, si punisce una condotta di violazione di una disciplina amministrativa²⁸³: ciò che caratterizza il reato in esame è, peraltro, l'oggetto della disciplina di cui si va a sanzionare la violazione, ed in cui si radica, per ciò che qui interessa, l'offensività. Mentre solitamente si appresta lo strumento penale per garantire il rispetto di discipline volte a tutelare beni giuridici che possono essere messi in pericolo da condotte del reo, qui la disciplina violata ha ad oggetto il controllo dei flussi migratori, ed il pericolo

²⁸² C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 39.

²⁸³ Come peraltro spesso accade nel nostro ordinamento, ove è normale, soprattutto nel settore contravvenzionale, che la sanzione penale acceda a violazioni di discipline amministrative (si pensi, per esempio, al ricchissimo apparato di contravvenzioni presenti nel Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro). Sul punto, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 130; L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 49.

che lo straniero può arrecare a tale interesse dello Stato non deriva da una specifica condotta, ma risiede nella sua stessa presenza sul territorio nazionale, ed è ineliminabile sino a che egli si trattiene in Italia. Il risultato, pertanto, è quello di punire solo apparentemente una condotta contraria alla legge, sanzionando in realtà lo straniero per il suo essere irregolare, per una situazione esistenziale cui tra l'altro egli non può porre rimedio alla luce della normativa vigente²⁸⁴, che non prevede meccanismi stabili di passaggio dalla condizione di irregolarità a quella di regolarità²⁸⁵.

Il solo modo per far cessare la situazione di pericolo (per la gestione dei flussi migratori) è procedere all'allontanamento dello straniero²⁸⁶.

Cosicché, com'è stato rilevato, si tratterebbe di *“una tutela apprestata tout court alla normativa relativa a ingressi e soggiorni dello straniero e non già a singoli (e più rilevanti) segmenti della stessa”*, con la conseguenza che *“con un siffatto modello di tutela penale, ulteriormente dilatata è la distanza rispetto ai beni finali che la normativa*

²⁸⁴ L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 50.

²⁸⁵ Si è già avuto modo di sottolineare come il passaggio dallo *status* di regolare a quello di irregolare poteva (e può) avvenire con estrema facilità. Al contrario, il passaggio dalla condizione di irregolare a quella di regolare è – salvo l'intervento di una sanatoria generale – precluso dall'assenza di meccanismi di regolarizzazione permanente degli ingressi o dei soggiorni irregolari. In Italia come altrove, l'irregolarità dello straniero non costituisce un dato ontologico, ma è fissata da soglie legislative. Come è stato da più parti osservato, la complicata e farraginoso disciplina amministrativa italiana dell'immigrazione è particolarmente severa e rigida: i flussi ammessi sono ridotti e fundamentalmente condizionati alla presenza di un contratto di lavoro, e - come detto - non esistono meccanismi stabili di regolarizzazione degli immigrati irregolari. In altre parole, è la stessa legislazione italiana in materia di immigrazione a produrre irregolarità. Il netto discrimine tra immigrati regolari e immigrati irregolari si è tradotto in una straordinaria rigidità della normativa sulla condizione dello straniero irregolare, cui è sempre, o quasi, precluso il passaggio alla condizione di regolarità; al contrario, la strada che conduce dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità è ben facilmente percorribile, data la difficoltà per il migrante di conservare le condizioni necessarie al rinnovo dei titoli abilitativi al soggiorno. Sul punto, si rinvia a A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 83 e ss. e ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 219 e ss.

²⁸⁶ L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 50.

*relativa a ingressi e soggiorno dello straniero è indirizzata a salvaguardare e, quindi, ulteriormente rarefatta è la dimensione dell'offensività*²⁸⁷.

In altre parole, se da un lato, è chiara la *ratio* di tutela dell'art. 10 *bis*, ravvisabile nella gestione e nel controllo dei flussi migratori, dall'altro lato, il bene giuridico sembra sfuggire ad un'esatta e delimitata definizione²⁸⁸.

Non manca, da questo punto di vista, chi evidenzia l'assenza di un effettivo bene giuridico tutelato evocando il diritto penale d'autore: in tale prospettiva, la fattispecie finirebbe per punire la mera disobbedienza di un soggetto assunto come sinonimo di pericolosità sociale, l'immigrato irregolare²⁸⁹.

Sul rispetto, o meno, del principio di offensività si tornerà nel capitolo successivo, quando si passeranno in rassegna le soluzioni “*offerte*” dalla Corte costituzionale in relazione al bene giuridico tutelato dall'art. 10 *bis*.

Basti, per il momento, rilevare come si sia parlato, in generale, di una legislazione marcatamente artificiale, e con particolare riferimento all'art. 10 *bis*, si sia sostenuto quanto segue: “*l'evaporazione dell'offensività del reato di ingresso e soggiorno illegale e la dimensione artificiale del disvalore delle relative condotte delineano un'incriminazione lontana dal volto costituzionale dell'illecito penale e rivolta a una condizione individuale, quella del migrante irregolare*”²⁹⁰.

3.2 La finalità della norma e la direttiva comunitaria sui rimpatri

Come si è – solo – accennato, dietro l'apparente irrazionalità della scelta di penalizzazione potrebbero celarsi altri obiettivi, meno visibili mediaticamente, ma sicuramente “*strategici*” nella prospettiva di chi ha fortemente voluto, e ottenuto, l'introduzione dell'art. 10 *bis*: si allude a quello che, come è stato da più parti rilevato, potrebbe essere il reale scopo di tale disposizione

²⁸⁷ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 32.

²⁸⁸ T. CATANANTI, *I reati in materia di immigrazione dopo il pacchetto sicurezza*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 239.

²⁸⁹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 122.

²⁹⁰ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 33.

incriminatrice, ovvero quello di sterilizzare gli obblighi imposti dalla Direttiva n. 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri)²⁹¹.

Considerata la rilevanza di siffatte dinamiche nell'economia generale del presente lavoro, la questione merita di essere approfondita e sviscerata.

Si è già detto che la Direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 reca norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva rimpatri sembrano, sostanzialmente, due: l'efficacia – il “*buon esito*” – delle procedure di rimpatrio; la tutela dei diritti fondamentali dello straniero – compresa la libertà personale – nell'ambito delle procedure di rimpatrio²⁹².

Per ciò che concerne le modalità di allontanamento, ai sensi dell'art. 6, ogni straniero che soggiorni in modo irregolare deve essere soggetto ad una decisione di rimpatrio, a meno che lo straniero possa essere ammesso in un altro Stato membro. La competenza nel fissare i requisiti richiesti ai fini della regolarità di un soggiorno rimane - naturalmente - ferma in capo agli Stati.

Una volta che sia accertato che il soggiorno è irregolare alla luce della normativa nazionale, la Direttiva provvede a stabilire quali siano le modalità del rimpatrio.

In base all'art. 7, l'esecuzione della decisione di rimpatrio è, di regola, affidata, all'istituto della partenza volontaria: è la stessa decisione di rimpatrio a fissare un periodo congruo – di durata compresa tra i sette e i trenta giorni – per la partenza volontaria dello straniero. Per la durata del periodo per la partenza volontaria possono, tuttavia, essere imposti allo straniero obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga²⁹³.

²⁹¹ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 38.

²⁹² G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità” (art. 10 bis T.U. I.M.M.) e la “Direttiva Rimpatri”*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

²⁹³ In base al citato art. 7, possono, in particolare, essere imposti: l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo. Ancora, se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente

Pertanto, nella disciplina dettata dalla Direttiva rimpatri, da un lato, la modalità ordinaria di esecuzione del rimpatrio non ha carattere coercitivo, dall'altro, forme coercitive possono essere disposte solo sulla base di una valutazione individualizzata relativa allo specifico caso (e, dunque, non solo sulla base di astratte previsioni e/o presunzioni)²⁹⁴.

La direttiva privilegia, pertanto, il rimpatrio volontario e prevede solo come modalità eccezionale l'espulsione e ogni altra forma di trattenimento coattivo.

Tuttavia, come già segnalato, l'*iter* che ha condotto all'adozione di tale direttiva è stato lungo e travagliato, soprattutto a causa dell'opposizione di molti Stati: varie le obiezioni sollevate nonostante il fatto che la Direttiva sia, tra gli atti tipici, la misura che - come noto - meno vincola gli Stati membri. E questa è una delle ragioni per le quali il livello di armonizzazione che ne è derivato risulta, nel complesso, modesto²⁹⁵.

Sul piano dei contenuti, l'architettura della Direttiva rimpatri presenta un nucleo di norme obbligatorie, in relazione alle quali gli Stati possono esercitare la discrezionalità tipica della direttiva, che si affianca, da un lato, a un gruppo di norme che si limitano a stabilire obiettivi da raggiungere e, dall'altro, ad una clausola di salvaguardia delle norme più favorevoli²⁹⁶. Molte norme sono formulate in termini di opzioni e lasciano liberi gli Stati di adottarle o meno, o di scegliere tra una pluralità di soluzioni alternative.

Ad ogni modo, per ciò che qui maggiormente interessa, dopo l'esordio che sancisce l'applicazione generalizzata ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in soggiorno irregolare, viene - infatti - riconosciuta agli Stati la facoltà di escluderne l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi «*sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare o che non*

infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni.

²⁹⁴ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

²⁹⁵ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 148.

²⁹⁶ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 12.

abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione al soggiorno» (art. 2, par. 2, lett. a). Ancora, l'art. 2, comma 2, lett. b, consente di escludere dall'ambito di applicazione della stessa *«gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione»*. È questa una clausola di esclusione introdotta durante l'esame della proposta e il cui obiettivo appare chiaro: evitare che la direttiva interferisca con provvedimenti di espulsione disposti dall'autorità giudiziaria nazionale a conclusione di procedimenti penali²⁹⁷.

Orbene, a parere di molti, l'introduzione del reato di clandestinità, con previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, avrebbe consentito al legislatore italiano, vista la citata clausola di esclusione dell'applicabilità della direttiva, di non adeguarsi alla direttiva stessa e, pertanto, di continuare a prevedere l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica (o l'eventuale internamento nei C.I.E.) come, almeno sulla carta, normale modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione²⁹⁸.

La preoccupazione espressa sul punto da parte della dottrina circa il sostanziale aggiramento della direttiva pare, in questa prospettiva, tutt'altro che infondata. Com'è stato osservato, il legislatore, con italica astuzia, si è avvalso di una clausola derogatoria prevista, teoricamente, per una serie limitata di casi, quella che permette di non applicare la direttiva nel caso di espulsione come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale (nel nostro caso,

²⁹⁷ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 149.

²⁹⁸ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1332. L'A. riporta, a sostegno di quanto argomentato, le parole dell'allora Ministro, il quale – nel corso di un'audizione davanti al Comitato di controllo e vigilanza in materia di immigrazione – insisteva, a nome dell'allora Governo, per l'introduzione del reato di clandestinità *“pur prevedendo una pena pecuniaria e non detentiva, perché la direttiva europea stabilisce che la regola dell'allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l'invito ad andarsene e non l'espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale. Noi quindi vogliamo disegnare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emanato dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso”*.

del reato di clandestinità), facendone il grimaldello per non applicare la direttiva stessa nella generalità delle ipotesi²⁹⁹.

Una siffatta ricostruzione permetterebbe di affermare (*rectius*: confermare) che la reale finalità della norma incriminatrice di cui all'art. 10 *bis* sia quella di favorire, in ogni modo possibile, l'espulsione dello straniero irregolare e che lo strumento della sanzione sostitutiva consenta, per tale via, di attuare in via coattiva gli allontanamenti, a prescindere e anzi in potenziale contrasto con quanto previsto dalla direttiva rimpatri (che prevede, lo si ribadisce, la partenza volontaria come modalità ordinaria di esecuzione della decisione di rimpatrio). In altre parole, con l'introduzione di un reato *ad hoc* - ovvero del reato di clandestinità - si è tentato di «sterilizzare» gli obblighi imposti dalla Direttiva: in particolare, come rivelato, “con l'art. 10 *bis*, l'espulsione è diventata conseguenza accessoria della sanzione penale e, in sostanza, la deroga di cui all'art. 2, par. 2, lett. b) è divenuta regola per non riconoscere i diritti garantiti dalla Direttiva stessa”³⁰⁰.

E pertanto, com'è stato acutamente osservato, “alla furberia politica di impiegare la potestà penale come arma simbolica di una lotta da ingaggiare contro lo straniero si è affiancato anche un freddo calcolo utilitaristico, consistente nella volontà di incrementare il numero delle situazioni in presenza delle quali la legge legittima il ricorso alla misura dell'espulsione dell'immigrato irregolare”³⁰¹.

Il sistema è congegnato in maniera tale da far prevalere – sempre e comunque – la sanzione dell'espulsione su qualunque altra misura punitiva, anche di carattere penale³⁰².

Tanto detto, preme precisare che sul rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario si avrà modo di focalizzare nuovamente l'attenzione,

²⁹⁹ L. MASERA, “Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 36.

³⁰⁰ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 163.

³⁰¹ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

³⁰² A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 14.

allorché si passeranno in rassegna i – più importanti – pronunciamenti della Corte di Giustizia in merito alla compatibilità della disciplina italiana in materia di immigrazione, e segnatamente dell'art. 10 *bis*, rispetto alla normativa comunitaria.

4. *Il soggetto attivo*

Venendo ora ad analizzare più da vicino i caratteri salienti della figura di reato in commento, la prima delle questioni da affrontare risiede nell'indicazione del soggetto attivo della fattispecie *de qua*.

L'art. 10 *bis* d.lgs. n. 286 del 1998 configura un reato proprio: la condotta vietata è infatti “riservata” ad un soggetto attivo individuato *ex ante*, il solo cittadino straniero extracomunitario³⁰³. In particolare, il soggetto attivo va individuato alla stregua del criterio generale posto dall'art. 1 del testo unico: trattasi dello straniero non appartenente all'Unione europea e all'apolide³⁰⁴.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 10 *bis*, la disposizione di cui al comma 1 “*non si applica allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 1*”, ossia allo straniero che sia stato respinto al valico della frontiera perché privo dei requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato³⁰⁵.

Si tratta, come osservato in dottrina, di un elemento negativo del fatto tipico

³⁰³ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 95.

³⁰⁴ Così recita l'art. 1, comma 1, del testo unico: “*Il presente testo unico, in attuazione dell'articolo 10, secondo comma, della Costituzione, si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri*”.

³⁰⁵ Intuibili le ragioni di una siffatta esclusione. Com'è stato rilevato, “*sarebbe infatti chiaramente antieconomico incriminare un soggetto già respinto e per questa via sottoporlo ad un giudizio, quello davanti al giudice di pace, che è finalizzato alla sua espulsione, ossia ad un risultato sostanzialmente già ottenuto*”. Sul punto, C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 43. Tuttavia, anche in assenza di una siffatta disposizione, è plausibile pensare che il reato, in caso di respingimento alla frontiera, non sarebbe stato – comunque – configurabile, atteso che lo straniero respinto alla frontiera non ha fatto ingresso nel territorio dello Stato (né, data la natura contravvenzionale del reato in esame, può venire in rilievo un possibile tentativo di ingresso). Sul punto, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1327.

volto a circoscrivere i limiti applicativi della figura³⁰⁶. Sul punto si ritornerà a breve, quando verranno trattati, insieme alla - mancata previsione della - clausola del giustificato motivo, ulteriori limiti alla rilevanza penale delle condotte incriminate.

Viceversa, il reato in esame resterà integrato nelle ipotesi di respingimento *ex art. 10*, comma 2 (c.d. respingimento differito), cioè nel caso di stranieri che, entrati nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, siano fermati all'ingresso o subito dopo di esso ovvero coloro che, senza avere i requisiti per l'ingresso, siano stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso³⁰⁷.

Tale previsione ha, peraltro, subito una modificazione ad opera del d.l. 89/2011, poi convertito in l. 129/2011, che ha previsto la non operatività della fattispecie per lo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera in uscita dal territorio nazionale³⁰⁸.

5. Le condotte incriminate

L'art. 10 *bis* punisce “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68*”.

La previsione in esame punisce, com'è agevole evincere, due distinte condotte:

³⁰⁶ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al Diritto*, 2009, pp. 34-29, cit. in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 57.

³⁰⁷ L'applicabilità della disposizione di cui all'art. 10 *bis*, comma 1 agli stranieri soggetti a respingimento differito è confermata dal comma 4 del medesimo art. 10 *bis*, il quale esclude la necessità del *nulla osta* dell'autorità giudiziaria competente per l'accertamento del reato di cui al comma 1, stabilendo - in particolare - che “*il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'art. 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato*”.

³⁰⁸ Tale disposizione, a sua volta, si coordina con la regola inserita nel comma 2 *ter* dell'art. 13 t.u. immigrazione che impone di non disporre l'espulsione o non darne esecuzione nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale. Come si evince dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. 89/2011, il legislatore, per tale via, ha inteso consentire allo straniero irregolare che transita in uscita dall'ufficio di polizia di frontiera - e in possesso di passaporto in corso di validità - di lasciare volontariamente l'Italia senza essere espulso. Per una più ampia ricostruzione, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 58.

il fare ingresso ed il permanere sul territorio dello Stato in violazione delle norme previste dal t.u. immigrazione e dall'art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68, contenente la disciplina per i soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio³⁰⁹.

Autori del reato in esame non sono pertanto solo, come nell'originario disegno di legge, i veri e propri "clandestini", cioè gli stranieri entrati illegalmente nel territorio nazionale, varcando fraudolentemente le frontiere o sbarcando via mare, ma anche i c.d. *overstayers*, cioè quelli che, entrati nel nostro Paese legalmente, cioè in base ad un titolo legittimo (ad es., un permesso di soggiorno o un visto turistico), vi si sono trattenuti illegalmente dopo che quel titolo è venuto meno (ad es., dopo la scadenza del permesso di soggiorno o del visto turistico)³¹⁰.

Come detto, la previsione in esame punisce due distinte condotte: il fare ingresso ed il permanere sul territorio dello Stato. Si tratta, quindi, di una norma a più fattispecie. Da questo punto di vista, la dottrina si è interrogata sull'unitarietà o meno della fattispecie: chiedendosi, in particolare, se la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* debba essere considerata come unico reato a condotte alternative³¹¹, ovvero - al contrario - se il legislatore abbia inteso

³⁰⁹ Come già segnalato, durante il corso dei lavori preparatori, l'incriminazione, inizialmente limitata all'ingresso illegale, è stata estesa al trattenimento illegale. Nell'originaria formulazione, inoltre, il reato di ingresso illegale era configurato come delitto punibile con la reclusione da sei mesi a quattro anni e per il quale si prevedeva l'arresto obbligatorio ed il giudizio direttissimo. Come già rilevato, la disposizione originaria è stata, peraltro, integralmente sostituita.

³¹⁰ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1327.

³¹¹ Ritiene che debba sempre affermarsi l'unicità del reato, trattandosi comunque della violazione di una sola norma incriminatrice, fra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2006, pp. 396 e ss. Dello stesso avviso, L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 38, ritenendo, in particolare, che unitario resti il disvalore connesso alla violazione della disciplina migratoria, nonché, per ragioni logico-strutturali: la condotta di ingresso illecito comporterebbe, infatti, come necessaria conseguenza la successiva illecita permanenza, cosicché violerebbe il canone del *ne bis in idem* sostanziale duplicare il rimprovero per un fatto (la permanenza) che costituisce il naturale sviluppo della prima condotta punibile (ovvero, l'ingresso).

introdurre due reati distinti, l'uno commissivo e l'altro omissivo³¹².

La disgiuntiva “*ovvero*” suggerirebbe la prima delle opzioni citate, vale a dire quella di un reato unico a condotte alternative. Tale opzione sarebbe confermata dalla circostanza che entrambe le condotte danno luogo, fra le altre cose, all'applicazione di un'unica disciplina sanzionatoria, nonché all'offesa, pur con modalità diverse, dello stesso bene giuridico³¹³. Con la conseguenza che allo straniero che, dopo aver fatto illegalmente ingresso in Italia, vi si trattenga, dovrebbe essere contestato un unico reato. Ma a prescindere dalla considerazione unitaria o meno della fattispecie, comunque, non mutano i termini sostanziali dell'analisi.

Nei paragrafi seguenti si esamineranno partitamente le due condotte dell'ingresso e del soggiorno illegali, verificando per entrambe la natura permanente o istantanea e la determinazione del momento consumativo.

5.1 *L'ingresso illegale*

La prima condotta contemplata dalla norma in commento riguarda il “*fare ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68*”.

Merita sin d'ora rilevare come, in termini di formulazione della fattispecie, la clausola “*in violazione delle disposizioni del presente testo unico*”, presenti un carattere quanto mai generico³¹⁴, con conseguente difficoltà di determinare con

³¹² Fra gli altri, reputa che si tratti di un problema di interpretazione, da risolvere caso per caso alla luce della formulazione e del contenuto del disvalore della singola disposizione incriminatrice, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, pp. 528 e ss.

³¹³ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1327.

³¹⁴ Sul piano della tecnica legislativa di composizione della norma incriminatrice, risulta quanto mai evidente la genericità della relativa formulazione in quanto, anziché individuare ed esaurire nel corpo della disposizione il comportamento vietato, fissa il completamento della condotta materiale (non solo dell'ingresso ma anche del trattenimento) nel rinvio a tutte le disposizioni del testo unico che, a sua volta, rimanda ad altri testi, non solo legislativi e non solo nazionali. Anzi, si è sostenuto che “*tale scelta – di composizione minimalista (o subminima) della norma penale declinandola per mezzo del canale d'uscita dell'espresso rinvio ab extra, nel settore extrapenale e nel cui ambito lo straniero deve cercare e individuare i presupposti della condotta vietata – genera un fenomeno (degenere o epifenomeno) di normazione che potremmo appellare “labirintica”, che non obbedisce al*

precisione il contenuto precettivo della disposizione³¹⁵. Com'è stato osservato, “*un più rigoroso e corretto utilizzo della tecnica compositiva della disposizione di legge, rispettosa del principio garantistico di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice, avrebbe dovuto indurre il legislatore a definire e specificare puntualmente, più da vicino, l'oggetto della condotta vietata*”³¹⁶.

Potrebbero, pertanto, avanzarsi dubbi circa la sufficiente determinatezza della fattispecie per possibile contrasto con l'art. 25 Cost³¹⁷.

Occorre, altresì, premettere che, per “*territorio dello Stato*” deve intendersi, ai sensi dell'art. 4 T.U. I.M.M., “*il territorio della Repubblica e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato*”, compresi “*le navi e gli aeromobili italiani ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera*”.

Tanto detto, la prima delle condotte incriminate, alla stregua del citato art. 4

(che si allontana dal) c.d. principio di precisione (norma vizziata)”, aggiungendo, in questa prospettiva, che “*solo la conformità al modello “chiuso” esprime (si traduce in) una garanzia per la libertà e la sicurezza del destinatario del precetto, il quale deve conoscere autonomamente e rappresentarsi, statim, i confini netti tra lecito e non lecito (conoscenza diretta e non ex post per bocca del giudice), tra comportamento osservante e inosservante, e quindi – come ha autorevolmente avvisato il supremo custode delle supernorme – riferirsi a «leggi precise e chiare», nella cui classe dovrà «trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato»*”. L'Autore citato si riferisce, evidentemente, alla sentenza n. 364, 24 maggio 1988, della Corte Costituzionale. Sul punto, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, pp. 92 e ss.

³¹⁵ È cruciale, infatti, nell'accertamento della condotta punita, individuare se sussistano violazioni delle norme che disciplinano l'ingresso (ma lo stesso discorso vale anche per la condotta di permanenza) nel territorio dello Stato previste dal testo unico delle leggi sull'immigrazione: tali violazioni sono la parte decisiva della fattispecie incriminatrice, sicché si può affermare che è soprattutto a tale complicato insieme di norme, infarcito peraltro di rimandi ad altre normative (non solo nazionali) che l'interprete deve dare la massima attenzione per distinguere, caso per caso, gli atti penalmente rilevanti da quelli che non lo sono. Ciò che si intende dire, in questa sede solo con brevi cenni, è che una norma siffatta, così formulata, probabilmente non diminuisce “*gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie rilevate nella disciplina della immigrazione*” per i quali la Corte costituzionale, nella citata sentenza 22/2007, ha rivolto un (preoccupato) monito al legislatore, rilevando l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminarli. Sul punto, si focalizzerà nuovamente l'attenzione.

³¹⁶ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 95.

³¹⁷ La tassatività della fattispecie incriminatrice potrebbe apparire dubbia se si considera che l'elemento normativo che la compone rinvia alla violazione della legislazione vigente in materia di stranieri extracomunitari, la quale però in modo assai complesso prevede molte ipotesi in cui un ingresso (o un soggiorno) apparentemente irregolare deve e può essere regolarizzato. Non v'è spazio, in questa sede, per enucleare le – invero numerose – ipotesi che non configurano il reato di cui all'art. 10 bis. Per una dettagliata ricostruzione delle stesse, si rinvia a 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, pp. 85 e ss.

T.U. I.M.M., risulta suscettibile di contestazione allo straniero che faccia ingresso nel territorio nazionale:

- a) senza passare attraverso i valichi di frontiera, salvi i casi di forza maggiore;
- b) senza essere in possesso di un passaporto o di un documento equipollente, o comunque avvalendosi di documenti ottenuti illecitamente;
- c) senza essere munito del visto di ingresso, salvo i casi di esenzione³¹⁸.

Quanto alla natura giuridica della fattispecie, la formulazione del fatto tipico, il “fare ingresso” sembra deporre per una condotta non suscettibile di protrarsi nel tempo. La contravvenzione, nella forma dell’ingresso, sembra pertanto rivestire natura istantanea³¹⁹ e il reato dovrebbe ritenersi consumato nel momento e nel luogo in cui lo straniero entra nel territorio dello Stato.

Occorre, comunque, tenere in debito conto che - considerati i numerosi limiti esistenti alla rilevanza penale della condotta qui analizzata³²⁰, che sottraggono alla fattispecie la maggior parte dei casi per i quali è, in astratto, possibile ipotizzarne l’applicazione - le contestazioni del reato di mero ingresso irregolare si presentano, gioco forza, come residuali rispetto a quelle relative alla permanenza irregolare, il cui carattere permanente, come si vedrà, amplia, considerevolmente, la probabilità di contestazione³²¹.

³¹⁸ Un apposito paragrafo verrà dedicato ai limiti alla rilevanza penale delle condotte incriminate, enucleando le ipotesi di ingresso che non configurano la contravvenzione in commento.

³¹⁹ Concordano, fra gli altri, sulla natura istantanea della contravvenzione in commento: L. MASERA, “Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 39; G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l’amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1327; L. DEGL’INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 56; T. CATANANTI, *I reati in materia di immigrazione dopo il pacchetto sicurezza*, in *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 249; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 45.

³²⁰ Tali limiti, come anticipato, saranno oggetto di trattazione specifica nel prosieguo della trattazione.

³²¹ L. DEGL’INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, pp. 56-57.

Ciò spiega la motivazione per la quale, nella presente trattazione, verrà dedicato maggior spazio alla condotta di permanenza piuttosto che a quella di ingresso.

5.2 Il soggiorno illegale

La norma punisce, in questo caso, lo straniero che “*si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all’art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68*”.

Come testé accennato, il soggiorno illegale costituisce una fattispecie, per molti versi, più complessa dell’ingresso *contra ius*³²².

Tale condotta potrà ascrivarsi al soggetto che permanga in situazione di irregolarità sia originaria che sopravvenuta: rientrano, infatti, nell’alveo applicativo della disposizione anche le ipotesi di soggetti stranieri entrati regolarmente sul territorio nazionale ma trovatisi successivamente in situazione di irregolarità³²³.

In estrema sintesi, i comportamenti che integrano un soggiorno irregolare sul territorio dello Stato sono:

- a) non aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti³²⁴;
- b) non aver richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno scaduto, da più

³²² L’illegalità del soggiorno può, infatti, derivare da più cause, connesse a situazioni di fatto o a comportamenti dello straniero o a provvedimenti amministrativi, che in alcuni casi devono operare congiuntamente. Le norme la cui violazione determina l’illegalità del soggiorno possono, inoltre, derivare da fonti diverse. L’elemento normativo si presenta, pertanto, particolarmente complesso.

³²³ L. DEGL’INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 56.

³²⁴ In termini generalissimi, i cittadini extracomunitari possono soggiornare nel nostro Paese solo se in possesso di un titolo di soggiorno. Ai sensi dell’art. 5, comma 1, T.U. I.M.M., “*possono soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri entrati regolarmente ai sensi dell’art. 4, che siano muniti di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno rilasciati, e in corso di validità, a norma del presente testo unico o che siano in possesso di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all’Unione Europea, nei limiti ed alle condizioni previsti da specifici accordi*”. Perché la presenza sul territorio nazionale sia regolare non basta, pertanto, che lo straniero si trovi in Italia nel periodo di validità del visto, occorrendo un titolo di permanenza. Di norma, il rilascio del titolo che abilita alla permanenza nel territorio nazionale è subordinato ad un ingresso regolare. In alcuni casi, tuttavia, il rilascio del titolo di soggiorno prescinde dalla regolarità dell’ingresso. Non sarà oggetto di trattazione specifica, in questa sede, la (complessa) disciplina relativa ai titoli di soggiorno. Ciò che in questa sede preme ribadire è che, con riferimento alla condotta di permanenza illegale, l’elemento normativo si presenta particolarmente complesso.

di sessanta giorni³²⁵;

- c) avere un permesso di soggiorno revocato o annullato;
- d) non aver dichiarato la presenza non superiore a tre mesi, per visite, affari, turismo e studio, nel caso di ingresso da una frontiera esterna dell'Area Schengen, all'autorità di frontiera, e nel caso di provenienza da Paesi dell'Area Schengen, al questore della Provincia in cui si trova lo straniero, ai sensi dell'art. 1. della legge n. 68/2007.

Ad ogni modo, nonostante la fattispecie sia descritta con l'espressione "trattenersi", che parrebbe indicare una condotta commissiva, in realtà, non è richiesto alcun comportamento positivo da parte dell'agente e la contravvenzione è integrata dal mancato allontanamento dal territorio nazionale: in altre parole, il reato si configura con la semplice inottemperanza all'obbligo di allontanamento.

La questione merita di essere più compiutamente approfondita.

Nella forma del soggiorno illegale, la contravvenzione si configura come reato omissivo proprio essendo, in realtà, incriminato il *non facere quod debetur*, ossia, nel caso specifico, il non allontanamento. Trattandosi, quindi, di reato omissivo proprio, la situazione tipica è costituita dall'insieme dei presupposti da cui scaturisce l'obbligo di attivarsi³²⁶.

Il giudizio di rimprovero da parte dell'ordinamento scaturisce dall'inosservanza delle regole che rendono legale la permanenza. È, pertanto, su tale condotta negativa che riposa la *ratio* giustificativa dell'incriminazione: il giudizio di disvalore, in altre parole, non si appunta sulla condotta attiva di trattenimento, quanto piuttosto nel non allontanarsi dal territorio italiano in violazione delle

³²⁵ Integra peraltro il reato in esame, secondo la Suprema Corte di Cassazione, altresì "la condotta dello straniero che si trattiene nel territorio dello Stato senza richiedere il permesso di soggiorno entro 8 giorni dall'ingresso in Italia, pur trovandosi in una situazione che gli consentirebbe di ottenerlo". Cfr., Cassazione Penale, Sezione I, 6 ottobre 2010, n. 38157.

³²⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 785; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Il Foro Italiano*, 1983, pp. 27 e ss.

norme che vietano la permanenza³²⁷. Da qui, la connotazione in termini di reato omissivo proprio³²⁸.

Occorre, peraltro, rilevare che - con la formula “*in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all’art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68*” - la norma in analisi determina un rinvio alle norme amministrative che regolano il soggiorno dello straniero invero amplissimo e – per certi versi – mobile, in quanto il richiamo è effettuato alla normativa amministrativa vigente al momento dell’omissione.

Non è possibile, in questa sede, dar conto della complessità delle norme extrapenali che regolano la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato: basti solo precisare come l’enorme varietà delle situazioni di irregolarità esistente non derivi dalla sola regolamentazione legislativa dei principali titoli di soggiorno. La normativa che interviene nel determinare i presupposti della regolarità del soggiorno, con ciò concorrendo a determinare l’elemento normativo della contravvenzione in esame, è ben più complessa e in alcuni casi le norme di riferimento hanno natura non legislativa (si pensi solo alle norme di rango secondario contenute nel Regolamento di attuazione del testo unico dell’immigrazione³²⁹). Si pensi, d’altro canto, alle numerose circolari del Ministero dell’Interno che, in maniera più o meno incisiva, concorrono a delineare la normativa *de qua*.

In molte ipotesi, pertanto, l’accertamento dello stato di irregolarità dello straniero richiederà quindi la valutazione di una pluralità di norme, anche di grado diverso nella gerarchia delle fonti.

E ancora, sulla qualificazione in termini di illegalità della permanenza dello straniero può, altresì, intervenire una determinazione dell’autorità amministrativa, come nei casi di revoca o annullamento del permesso di

³²⁷ T. CATANANTI, *I reati in materia di immigrazione dopo il pacchetto sicurezza*, in *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 249.

³²⁸ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 46.

³²⁹ Trattasi del Decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394.

soggiorno³³⁰.

Orbene, nella fattispecie *de qua* è possibile affermare che irregolarità amministrativa del soggiorno ed illiceità penale vengono a coincidere³³¹: nel momento stesso in cui la permanenza dello straniero diviene irregolare sul piano amministrativo, si perfeziona la contravvenzione ed inizia la permanenza del reato³³².

Il reato, in altre parole, si risolve nell'illegalità extra-penale e, pertanto, nel suo elemento normativo, presentandosi, in ultima istanza, come meramente sanzionatorio di norme extra-penali³³³.

Le caratteristiche - solo sommariamente - indicate determinano una serie di problematiche non solo applicative, ma anche di possibile contrasto con i principi costituzionali.

6. *L'elemento soggettivo*

Trattandosi di fattispecie contravvenzionale, secondo le regole generali l'elemento soggettivo può essere integrato indifferentemente dal dolo e dalla colpa³³⁴.

Il fatto contravvenzionale può, pertanto, essere alternativamente imputato a titolo di dolo o colpa: nel primo caso, quando lo straniero si rappresenta e vuole entrare o trattenersi in Italia in violazione della disciplina che regola l'ingresso ed il soggiorno nello Stato; nel secondo caso, invece, quando per

³³⁰ La complessità della disciplina richiamata pone, altresì, la questione della sua compatibilità con il principio della responsabilità penale personale e colpevole: vi è, infatti, il rischio che la condizione di permanenza irregolare sfugga del tutto alla sfera di controllo e di responsabilità dello straniero, essendo, invece, la conseguenza di situazioni a lui del tutto estranee (come il caso della perdita del posto di lavoro, che incide sulla conservazione del titolo di soggiorno). Sul punto si avrà modo di focalizzare l'attenzione in prosieguo, quando verrà trattato l'elemento soggettivo della fattispecie.

³³¹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto dell'immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell'integrazione*, in *Corriere Giuridico*, 2009, pp. 441 e ss.

³³² A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, C. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), Milano, 2009, p. 245.

³³³ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 806.

³³⁴ Come noto, secondo il disposto dell'art. 42, comma 4 c.p. "*nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*".

mera negligenza entra o si trattiene in Italia, in violazione di quella disciplina³³⁵.

Tanto detto, relativamente all'elemento soggettivo, la questione più significativa è connessa alla rilevanza dell'errore sulla normativa amministrativa richiamata (testo unico dell'immigrazione ed art. 1, legge n. 68/2007).

Come noto, in base alla disciplina di cui all'art. 5 c.p., risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, il fatto – doloso o colposo – non potrà essere rimproverato all'agente quando risulti accertata la sua incolpevole, perché inevitabile, ignoranza della legge penale.

La questione merita di essere approfondita, considerato che, in questo caso più che altrove, ci si trova di fronte ad un reato di pura creazione legislativa e che la platea dei destinatari porti a nutrire perplessità circa la concreta raggiungibilità dell'imperativo penale, posto che, almeno nel caso dell'ingresso, si tratta di soggetti che per la prima volta entrano in contatto con il nostro ordinamento³³⁶.

Ora, secondo attenta dottrina, lo spazio da attribuire all'errore *ex art 5 c.p.* dipende, fondamentalemente, dalla soluzione che si reputi di fornire al problema più generale se sia necessaria la conoscibilità della natura specificatamente penale della condotta, o sia invece sufficiente la riconoscibilità della generica illiceità della stessa. Accedendo a tale ultima soluzione, sarà molto difficile sostenere l'inconoscibilità del carattere illecito di una condotta (ad es., l'ingresso senza documenti), la cui illegittimità è comune a tutti gli ordinamenti del mondo; qualora, invece, si richieda la conoscibilità della natura penale dell'infrazione, si apriranno notevoli possibilità di invocare l'art. 5, posto che la varietà delle conseguenze, che ciascuno Stato fa derivare dalla violazione delle proprie norme sull'ingresso, può rendere in concreto

³³⁵ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1328.

³³⁶ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 44.

impossibile per lo straniero che entri illegalmente in Italia conoscere l'esatta qualificazione della sua condotta nel nostro ordinamento³³⁷.

Per quanto, peraltro, riguarda - nello specifico - la condotta di soggiorno, occorre aggiungere quanto segue. La circostanza che la condizione di irregolarità sia legata a situazioni che - in concreto - possono sfuggire alla sfera di controllo del destinatario del comando conferisce rilevanza a tutte quelle situazioni in cui l'agente si trovi nell'impossibilità oggettiva di effettuare l'azione comandata, venendo a configurarsi, in caso contrario, una violazione di quel limite logico delle fattispecie omissive che viene comunemente espresso dal brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*³³⁸. Ed, infatti, la personalità della responsabilità penale prescritta dall'art. 27 comma 1 Cost., nella pregnante accezione del principio di colpevolezza accolta dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 368/1988, garantisce all'individuo che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per condotte dallo stesso controllabili³³⁹.

È evidente, da questo punto di vista, che la particolare complessità del regime giuridico delineato dalle disposizioni richiamate dall'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. renda assai probabile la mancata conoscenza o comunque l'erronea rappresentazione della situazione giuridica che fonda l'irregolarità. Vieppiù se si considera, oltre all'elevato coefficiente di complessità tecnica delle disposizioni di riferimento, una attuazione delle stesse di incerto segno applicativo ed una interpretazione data da una giurisprudenza non sempre omogenea negli approdi esegetici³⁴⁰.

Alla luce di quanto detto, pare che lo spazio per un errore inevitabile, quanto

³³⁷ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 44-45.

³³⁸ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 46.

³³⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 109.

³⁴⁰ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 48.

meno nella condotta del soggiorno, sia invero assai ampio, ancor di più se si considerano le particolari condizioni soggettive dell'agente che, in quanto straniero, facilmente potrà presentare difficoltà, non solo e non tanto nella comprensione della lingua italiana, quanto piuttosto nella comprensione della – complessa – disciplina in materia di immigrazione, vigente in Italia.

Le questioni appena trattate ne chiamano, peraltro, in causa un'altra, quella – tra le righe solo accennata – della mancata previsione della clausola del “*giustificato motivo*”, oggetto del paragrafo seguente.

7. La mancata previsione della clausola del “*giustificato motivo*”

A differenza di altre fattispecie, e segnatamente, dell'art. 14, comma 5 *ter* t.u. immigrazione³⁴¹, la disposizione in commento non prevede che la punibilità sia esclusa qualora lo straniero entri o si trattienga nel territorio nazionale in presenza di un “*giustificato motivo*”.

Già il Presidente della Repubblica, nella lettera di osservazioni inviata al Presidente del Consiglio, ai Ministri della Giustizia e dell'Interno, nel

³⁴¹ Si tratta del reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione di un provvedimento espulsivo (in specie, la fattispecie di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare entro cinque giorni il territorio nazionale, impartito ai sensi del comma 5-*bis* dello stesso articolo), fattispecie per molti versi assimilabile a quella prevista dall'art. 10 *bis*, nella forma del trattenimento. Si riportano, qui di seguito, i (soli) commi 5 *bis* e 5 *ter* del t.u. I.M.M.: “5-*bis*. *Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio. 5-ter. La violazione dell'ordine di cui al comma 5-*bis* è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-*ter*, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-*bis* del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-*bis* del presente articolo, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3”.*

promulgare la legge n. 94/2009, aveva manifestato perplessità circa la mancata previsione, nell'ambito dell'art. 10 *bis*, di una clausola siffatta³⁴².

Sul punto, deve rammentarsi che la Corte costituzionale, con riferimento al citato reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter* T.U. I.M.M., nelle sentenze n. 5/2004³⁴³ e n. 22/2007³⁴⁴, ha rimarcato l'importanza di siffatta clausola, anche ai fini della “*tenuta costituzionale*” di disposizioni, come quella oggetto di scrutinio.

La clausola del “*giustificato motivo*”, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, assolve alla funzione di escludere la tipicità in presenza di situazioni di significativo bisogno che rendano l'osservanza delle norme concretamente inesigibile³⁴⁵.

La Corte ha, peraltro, precisato che trattasi di un “*elemento negativo del fatto tipico*”, sicché, seguendo tale qualificazione, in assenza di una clausola esplicita che attribuisca rilievo alle ipotesi ad esso riconducibili, dovrebbe risultare inapplicabile alla fattispecie in esame l'esenzione da responsabilità in presenza di un “*giustificato motivo*” di ingresso o di permanenza³⁴⁶.

³⁴² Si legge, nella detta lettera di accompagnamento: “*In particolare, suscita in me forti perplessità la circostanza che la nuova ipotesi di trattamento indebito non preveda l'esimente della permanenza determinata da “giustificato motivo”. La Corte costituzionale (sentenze n. 5/2004 e n. 22/2007) ha sottolineato il rilievo che la esimente può avere ai fini della “tenuta costituzionale” di disposizioni del genere di quella ora introdotta*”.

³⁴³ In detto pronunciamento, la Corte afferma che una clausola come quella del “*giustificato motivo*” è destinata “*a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché – anche al di fuori di vere e proprie cause di giustificazione – l'osservanza del precetto appaia in concreto “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere oggettivo o soggettivo*”.

³⁴⁴ In questo caso, la Corte, sempre con riferimento all'art. 14 T.U. I.M.M., ha sottolineato “*il ruolo che, nell'economia applicativa della fattispecie criminosa, è chiamato a svolgere il requisito negativo espresso dalla formula “senza giustificato motivo”. Tale formula copre tutte le ipotesi di impossibilità o di grave difficoltà (mancato rilascio di documenti da parte dell'autorità competente, assoluta indigenza che rende impossibile l'acquisto di biglietti di viaggio e altre simili situazioni), che, pur non integrando cause di giustificazione in senso tecnico, impediscono allo straniero di prestare osservanza all'ordine di allontanamento nei termini prescritti*”.

³⁴⁵ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 44.

³⁴⁶ La scelta di non introdurre la clausola del giustificato motivo è stata compiuta dal legislatore anche con riferimento all'art. 14, comma 5 *quater*, t.u. I.M.M. Tuttavia, in questo caso, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 13-17 dicembre 2010, n. 359 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 5 *quater* “*nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza*

Stando così le cose, non era peregrino pensare che la mancata previsione di una clausola siffatta prestasse il fianco (come in effetti è accaduto) a possibili questioni di legittimità costituzionale, con conseguente intervento del Giudice delle leggi³⁴⁷.

Deve, peraltro, puntualizzarsi che, come sopra ricordato con specifico riferimento alla (sola) condotta di trattenimento, ove ricorra, in concreto, una vera e propria impossibilità di porre in essere il comportamento doveroso, la punibilità dovrebbe in ogni caso essere esclusa in applicazione dei principi generali in materia di omissione. Come sopra ricordato, nei reati omissivi, l'impossibilità dell'azione comandata costituisce un limite logico della norma penale, che esclude la tipicità della condotta: qualora l'obbligo di agire sia impossibile è l'obbligo stesso che viene a cadere (secondo il ricordato brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*) e dunque “*caduto l'obbligo, cade un presupposto dell'omissione, e così l'omissione stessa*”³⁴⁸.

Più in generale, secondo taluno, trattasi di una lacuna solo testuale e non logica, alla quale può porsi rimedio mediante le risorse dell'interpretazione giuridica. In tale ottica, si tratterebbe di integrare la disposizione di legge – che, appunto, non contempla espressamente il bilanciamento dell'esimente speciale del c.d. giustificato motivo – di un requisito negativo, quale clausola implicita che l'interprete individua e affianca al divieto penale, attraverso il richiamo estensivo del corpo delle scriminanti comuni o clausole di esclusione dell'antigiuridicità, specialmente dell'art. 54 c.p., sullo stato di necessità (non punibile)³⁴⁹.

all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-ter, sia punita nel solo caso che abbia luogo "senza giustificato motivo".

³⁴⁷ La questione è stata, invero, portata all'attenzione della Corte costituzionale, pronunciata, poi, con sentenza n. 250/2010. Tale pronunciamento costituirà oggetto specifico del capitolo quarto della presente trattazione.

³⁴⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 816.

³⁴⁹ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 97. L'A., nella prospettiva tracciata, aggiunge che “*l'intervento punitivo dello Stato (allineato al c.d. diritto penale del fatto) è giustificato dall'esigibilità della condotta vietata, che ne rappresenta, al tempo stesso, un requisito intrinseco ed anche il limite della disapprovazione ricompresa nel significato dell'incriminazione, al di là del quale dovrà ritenersi operante una clausola negativa che incida sulla punibilità*”.

8. *Limiti alla rilevanza penale delle condotte incriminate*

Un apposito paragrafo deve dedicarsi ai numerosi limiti alla rilevanza penale delle condotte incriminate. Si tratta di varie ipotesi, tutte accomunate dall'escludere la rilevanza penale della condotta in presenza di alcuni presupposti. Si procederà – solo – per rapidi *flash*.

La prima di tali ipotesi (già in precedenza evocata) è relativa alla sola condotta di illecito ingresso nel territorio nazionale. Ai sensi del comma 2 dell'art. 10 *bis*, la disposizione di cui al comma 1 “*non si applica allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 1*”, ossia allo straniero che sia stato respinto al valico della frontiera perché privo dei requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato³⁵⁰. Come si è detto, si tratta, come osservato in dottrina, di un elemento negativo del fatto tipico volto a circoscrivere i limiti applicativi della figura³⁵¹.

Un'ulteriore ipotesi da esaminare è relativa al riconoscimento della protezione internazionale³⁵². In tal caso, lo straniero non potrà essere punito per il reato in esame, in ragione dell'intervenuto riconoscimento del diritto ad ottenere una delle forme di protezione internazionale. Il legislatore si premura di precisare che, in caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale, l'eventuale procedimento penale instaurato per il reato di cui all'art. 10 *bis*

³⁵⁰ Come anticipato, intuibili le ragioni di una siffatta esclusione. Com'è stato rilevato, “*sarebbe infatti chiaramente antieconomico incriminare un soggetto già respinto e per questa via sottoporlo ad un giudizio, quello davanti al giudice di pace, che è finalizzato alla sua espulsione, ossia ad un risultato sostanzialmente già ottenuto*”. Sul punto, C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 43. Tuttavia, come già osservato, anche in assenza di una siffatta disposizione, è plausibile pensare che il reato, in caso di respingimento alla frontiera, non sarebbe stato – comunque – configurabile, atteso che lo straniero respinto alla frontiera non ha fatto ingresso nel territorio dello Stato (né, data la natura contravvenzionale del reato in esame, può venire in rilievo un possibile tentativo di ingresso). Sul punto, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1327.

³⁵¹ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al Diritto*, 2009, pp. 34-29, cit. in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 57.

³⁵² La normativa di riferimento è contenuta nel d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251 recante “*Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*”.

dovrà essere sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale, il giudice pronuncerà sentenza di non luogo a procedere³⁵³; qualora, invece, la domanda venisse rigettata il processo penale riprenderà il suo corso³⁵⁴.

Analoga disciplina è prevista per lo straniero che abbia ricevuto un permesso di soggiorno per motivi umanitari, ai sensi dell'art. 5, comma 6 T.U. I.M.M.: non configura il reato di cui all'art. 10 *bis* l'ingresso dello straniero che, pur sprovvisto di requisiti necessari, non può infatti essere respinto verso uno Stato in cui possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione³⁵⁵.

Non configura, altresì, il reato di cui all'art. 10 *bis* l'ipotesi in cui lo straniero si presenti ai valichi di frontiera senza avere i requisiti previsti dalla legge, ma è temporaneamente ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso (art. 10 comma 2 T.U. I.M.M.), se la necessità del soccorso derivi da eventi non addebitabili alla responsabilità dello straniero (ad esempio lo straniero si è sentito male in volo o su una nave e viene portato a terra)³⁵⁶.

Allo stesso modo, non integra la fattispecie di cui all'art. 10 *bis* l'ipotesi dello

³⁵³ Com'è stato osservato, tuttavia, la sentenza di non luogo a procedere, come noto, non ha l'efficacia del giudicato. È, pertanto, possibile che l'azione penale venga comunque esercitata in caso di scadenza del termine della protezione temporanea o di revoca del provvedimento di protezione. Tale pronuncia, pertanto, non precluderà, secondo il principio generale enunciato dall'art. 345 c.p.p., il nuovo esercizio dell'azione penale qualora, prima del decorso dei termini previsti dall'art. 13, co. 14, lo straniero sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato. Sul punto, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 58.

³⁵⁴ In tal senso dispone il comma 6 dell'art. 10 *bis*: "6. *Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere*".

³⁵⁵ Per una ricostruzione più ampia, 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 106.

³⁵⁶ 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, pp. 105-106.

straniero entrato nel territorio dello Stato senza propria colpa (ad esempio lo straniero vittima di una tratta di persone) in quanto gli artt. 5 e 6 del Protocollo addizionale per combattere il traffico di migranti prevedono in questi casi la non sottoposizione all'azione penale³⁵⁷.

Ancora, non costituisce reato l'ingresso nel territorio dello Stato di cittadini extracomunitari che siano familiari di cittadini comunitari, allorché tali cittadini extracomunitari siano sprovvisti di documenti di viaggio e di visti e li rendano disponibili entro le 24 ore successive alla richiesta o dimostrino con altra idonea documentazione la qualifica di titolare del diritto di libera circolazione (art. 5, co. 5 d.lgs. n. 30/2007).

A tali ipotesi³⁵⁸, si aggiungano poi le fattispecie di ingresso e permanenza che di per sé sono già punite più gravemente come reati³⁵⁹.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta è evidente che la condotta punibile dal reato previsto dall'art. 10 *bis*, sebbene sia formulata come reato, per così dire,

³⁵⁷ Trattasi, in particolare, del Protocollo addizionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15.11.2000 ed il 31.05.2001, ratificati e resi esecutivi in Italia con legge 16.03.2006, n. 146. In particolare, l'art. 5 del detto Protocollo stabilisce che gli immigrati non possono essere perseguiti penalmente in virtù del protocollo stesso "per aver costituito oggetto della condotta prevista dall'art. 6" e, cioè, se sono stati oggetto della condotta di traffico. Anche se, ad onor del vero, lo stesso Protocollo aggiunge che "nessuna disposizione del presente protocollo impedisce ad uno Stato Parte di adottare misure contro coloro la cui condotta costituisce reato secondo il diritto nazionale". Ad ogni modo, sembra potersi in ogni caso evincere che, nel sistema del Protocollo, diritti e dignità dei migranti devono essere garantiti e ciò equivale ad osservare che, rispetto alle condotte di traffico, essi sono vittime. Con la conseguenza che, se hanno violato il diritto interno solo a causa del fatto di essere stati vittime di traffico, non possono essere perseguiti penalmente. Da ciò, ancora, quella che sembrerebbe essere la logica interpretazione dell'art. 10 *bis*, nel senso di escludere dall'incriminazione anche i migranti che in concreto abbiano fatto ingresso sul territorio dello Stato in quanto vittime di traffico, facendone derivare la non punibilità anche della condotta di soggiorno, conseguenza necessaria e, per così dire, meccanica, dell'ingresso non punibile. Per tali considerazioni, A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 19.

³⁵⁸ Sono stati, in realtà, elencati i soli casi principali di esclusione dell'applicabilità dell'art. 10 *bis*. Per una panoramica più ampia, 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, pp. 85 e ss.

³⁵⁹ Tali ipotesi verranno a breve trattate, quando si focalizzerà l'attenzione sui rapporti tra l'art. 10 *bis* e le altre fattispecie incriminatrici previste dal testo unico dell'immigrazione.

“*comune degli stranieri*”³⁶⁰, si configura, in realtà, in ipotesi meno numerose di quanto si possa astrattamente immaginare³⁶¹. Fra l’altro, come si è solo accennato, la condotta è spesso assorbibile da più gravi reati.

9. *Rapporti con altre norme incriminatrici*

La norma incriminatrice in commento si applica, inoltre, “*salvo che il fatto costituisca più grave reato*”. Il rapporto tra la previsione in esame e le altre fattispecie incriminatrici è, pertanto, regolato da tale clausola di riserva espressa che, con ogni evidenza, connota la fattispecie in esame come sussidiaria rispetto alle altre previsioni incriminatrici in tema di immigrazione.

Ove, dunque, ricorra un reato più grave lo straniero risponderà solo di tale più grave fattispecie, dovendosi escludere il concorso di reati³⁶².

³⁶⁰ A. DI MARTINO, *L’intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di) *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 18.

³⁶¹ Da questo punto di vista, taluno, con riferimento all’introduzione del reato di clandestinità, ha utilizzato l’espressione “*molto rumore per nulla*” nel senso della sostanziale inutilità, nella concreta gestione dei flussi migratori, della disposizione dell’art. 10 *bis*. In tal senso, G.L. GATTA, *Il reato di immigrazione clandestina: utile, inutile, dannoso o altro?*, in *Il Ticino*, 23 maggio 2009, p. 13, citato in L. MASERA, “*Terra bruciata*” *attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 31. Secondo quest’ultimo, nella medesima prospettiva, si è trattato, come già più volte rimarcato, di “*una modifica certamente significativa sul piano simbolico-espressivo*” ma con “*un impatto pratico pressoché insignificante sulla situazione dello straniero irregolare*”. L’A. non manca di far rilevare come la vera stretta sanzionatoria nei confronti dello straniero clandestino sia affidata, nei fatti, ad interventi di natura amministrativa, con cui fra l’altro si consente una più lunga privazione della libertà personale nei Centri di Identificazione ed Espulsione e, soprattutto, si subordina alla regolarità del soggiorno l’accesso a tutti i servizi pubblici, salvo quelli inerenti le prestazioni sanitarie e quelle scolastiche obbligatorie. Sul punto, L. MASERA, “*Terra bruciata*” *attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 30.

³⁶² La nuova fattispecie criminosa è stata, pertanto, concepita nelle intenzioni del legislatore come una ipotesi sussidiaria e residuale rispetto all’intero assetto del testo unico dell’immigrazione. La clausola di riserva “*salvo che il fatto costituisca più grave reato*” contenuto nella disposizione risolve, infatti, l’ipotetico concorso apparente di norme all’interno del medesimo articolato normativo, facendo sì che, nel caso in cui ricorrano contestualmente anche gli estremi per l’integrazione dei più gravi reati previsti, la contravvenzione *de qua* debba ritenersi assorbita. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, pp. 74-75.

Così, ad esempio, nel caso di violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso, questi risponderà del solo reato di cui all'art. 13, comma 13 e 13 *bis* T.U. I.M.M. E, pertanto, nell'ipotesi in cui lo straniero condannato per il nuovo reato ed effettivamente allontanato dal nostro Paese, vi faccia rientro prima della scadenza del termine fissato nel provvedimento di espulsione, il reato che viene in considerazione non è quello di nuovo conio, bensì quello, assai più grave, di violazione del divieto di reingresso (art. 13 comma 13 e 13 *bis*).

Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui lo straniero, intimato ad allontanarsi entro cinque giorni, si trattenga indebitamente e senza giustificato motivo nel territorio dello Stato, dovendosi applicare, in tal caso, l'art. 14, comma 5 *ter* T.U. I.M.M.

In sostanza, il nuovo reato si applica solo nelle ipotesi di primo ingresso illecito nel nostro Paese, o di permanenza illegale prima che sia emanato un provvedimento di espulsione: quando sia intervenuto un provvedimento espulsivo (non importa se amministrativo o giudiziale), la nuova fattispecie contravvenzionale non ha margini di operatività, risultando applicabili in sua vece le ipotesi delittuose già presenti nel Testo Unico³⁶³.

In considerazione della clausola di riserva inserita dal legislatore il campo di applicabilità della fattispecie in argomento appare, come si è già avuto modo di sottolineare con riferimento ai limiti previsti alla rilevanza penale delle condotte incriminate, notevolmente ridimensionato.

Da ultimo, e passando ad altra questione, si evidenzia come l'eliminazione della c.d. aggravante di clandestinità da parte dell'organo di legittimità costituzionale³⁶⁴ privi di attuale rilievo ogni raffronto strutturale tra la fattispecie in esame e la detta aggravante³⁶⁵. Sulla tematica, si rinvia al capitolo successivo.

³⁶³ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 9)*4, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 39.

³⁶⁴ Si allude alla sentenza della Corte Costituzionale n. 249, 8 luglio 2010, sulla quale si avrà, comunque, modo di focalizzare l'attenzione nel capitolo successivo della presente indagine.

³⁶⁵ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 71.

10. *Disciplina sanzionatoria e processuale*

10.1 *Premessa*

Proseguendo nel nostro esame, occorre preliminarmente evidenziare come la disciplina sanzionatoria e processuale del reato in discorso presenti, in questa sede, un'indubbia rilevanza. Siffatta disciplina si caratterizza, infatti, per l'intreccio tra disposizioni, sostanziali e processuali, di carattere penale e amministrativo, che mettono in luce ove debba essere ricercata la reale sanzione del reato *de quo*, da individuarsi in ultima istanza nell'espulsione dell'immigrato irregolare e non certo nell'ammenda prevista dall'art. 10 *bis*.

Tale intreccio svela, peraltro, un dato ulteriore.

Come si avrà modo di dimostrare, si delinea un quadro ove la disciplina penale risulta subordinata all'esecuzione della misura (tipicamente amministrativa) dell'allontanamento dello straniero: istituti e procedure del diritto penale e del processo penale sono, di tal guisa, piegati a scopi estranei alla giurisdizione³⁶⁶, dando vita a quella che è stata definita una "*amministrativizzazione del diritto penale*"³⁶⁷, con ciò alludendo alla funzione servente via via assunta dallo stesso rispetto alla politica dei flussi migratori in generale ed all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento dello straniero in particolare³⁶⁸. Per questa via, la fattispecie penale diviene solo lo strumento con cui rimarcare lo stigma dell'illiceità cui farà seguito l'allontanamento dello straniero³⁶⁹, in qualsiasi modo effettuato.

La questione verrà, meno sbrigativamente, affrontata alla fine del presente capitolo.

³⁶⁶ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 47.

³⁶⁷ V. MAISTO, *L'influenza della Direttiva rimpatri sui reati d'inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 8.

³⁶⁸ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 29-30.

³⁶⁹ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 64.

10.2 *La sanzione*

Come più volte evidenziato, il reato in esame, da delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni diviene, nella versione definitiva, contravvenzione sanzionata con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro³⁷⁰.

Orbene, la prima specificità consiste nell'inapplicabilità della disciplina dell'oblazione di cui all'art. 162 c.p., e, dunque, nell'impossibilità per l'imputato di estinguere il reato mediante il pagamento di una somma corrispondente ad un terzo della pena massima prevista dalla legge per la contravvenzione. Ed infatti, l'ultima parte del comma 1 dell'art. 10 *bis* stabilisce che “*al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale*”. È, pertanto, esclusa l'applicabilità dell'oblazione obbligatoria.

Com'è stato osservato, si tratta, con ogni probabilità, dell'unico caso in cui una contravvenzione punita con la pena pecuniaria venga sottratta alla sfera di operatività di questa causa di estinzione del reato, che l'art. 162 *bis* rende applicabile in via generale anche alle contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, e dunque anche a figure di reato più gravi di quella in esame³⁷¹.

Posto che le ragioni di una siffatta scelta legislativa non paiono di facile individuazione, sono teoricamente ipotizzabili due possibili spiegazioni: la prima può essere individuata nella volontà di trasmettere simbolicamente un'immagine di rigore sanzionatorio, privando l'imputato di uno strumento capace di ridurre il *quantum* della pena irrogabile; oppure, si può immaginare

³⁷⁰ Si è già avuto modo di sottolineare come il sostanziale mutamento della qualificazione giuridica del reato e del relativo trattamento sanzionatorio sveli, con ogni probabilità, l'assenza di una salda convinzione nello stesso legislatore in ordine all'offensività ed al disvalore intrinseco della condotta incriminata, con un bene giuridico fungibile e, per ciò stesso, variamente punibile a titolo di delitto o di contravvenzione. Com'è stato osservato da M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 125: “*per il legislatore il medesimo fatto (l'ingresso illegale, nel caso di specie) può costituire indifferentemente un delitto doloso punibile con la reclusione da sei mesi a quattro anni (così il testo originario) o una trasgressione di polizia punita con l'ammenda da 5000 a 10.000 euro. Davvero un omaggio alla scienza della legislazione?*”.

³⁷¹ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 45.

che l'impossibilità di estinguere il reato sia finalizzata a concedere maggior spazio alla sanzione sostitutiva dell'espulsione, non applicabile qualora all'imputato fosse concessa la possibilità di ricorrere all'oblazione³⁷².

Risulta, in ogni caso, difficile rinvenire un chiaro fondamento giustificativo all'esclusione dell'oblazionabilità, tant'è che - come si vedrà - la questione, insieme ad altre, è stata portata all'attenzione della Corte costituzionale, per possibile contrasto con il principio di eguaglianza-ragionevolezza.

In ogni caso, non può non evidenziarsi come l'importo dell'ammenda comminata sia, comunque, significativamente elevato (come detto, tra 5.000,00 e 10.000,00 euro), con una disciplina che, in ultima istanza, risulta più rigorosa rispetto a quanto previsto per reati della medesima o anche di maggiore gravità, con potenziali profili di contrasto, anche da questo punto di vista, con il canone costituzionale dell'uguaglianza-ragionevolezza.

Ci si è già chiesti, nell'ambito della presente indagine, quale effetto di scoraggiamento, di distoglimento, di reale deterrenza possa avere la minaccia di tale corposa pena pecuniaria verso chi non possiede nulla³⁷³. E se la prospettiva di un processo a piede libero, destinato a concludersi con una sanzione pecuniaria, con ogni probabilità puramente cartacea, sia in grado - concretamente - di intimorire persone pronte a rischiare tutto pur di sfuggire alla miseria della propria condizione presente³⁷⁴.

Quale che sia la risposta da offrire ai quesiti posti, è difficile immaginare che da una sanzione destinata ad avere una scarsa - se non nulla - applicazione possa provenire una spinta motivazionale verso la non-commissione, in futuro, del medesimo reato (prevenzione generale c.d. negativa); così come non ci si può

³⁷² Com'è stato osservato, si tratta tuttavia di un'eventualità tutt'altro che probabile, posto che per godere del beneficio lo straniero avrebbe comunque l'obbligo di versare una somma di denaro, più di 3.000 euro, normalmente superiore alle disponibilità di soggetti nelle condizioni socio-economiche del migrante irregolare. Sul punto. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 45-46.

³⁷³ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

³⁷⁴ L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it - consultato il 10.12.2013.

aspettare di ottenere un qualche effetto di orientamento culturale (prevenzione generale c.d. positiva) dalla punizione di un fatto – l'ingresso ed il soggiorno illegali – che l'immigrato irregolare sovente percepisce come un traguardo indispensabile per le proprie condizioni di vita, piuttosto che come un fatto carico di disvalore³⁷⁵.

Ad ogni modo, com'è stato da più parti osservato, una disposizione come quella in esame, oltre ad apparire incoerente rispetto ai fini della pena, risulterebbe afflitta, per le ragioni appena esposte, da un elevatissimo tasso di ineffettività³⁷⁶, o meglio, di sostanziale inutilità, essendo destinata a colpire soggetti spesso sprovvisti della disponibilità economica necessaria a darle esecuzione³⁷⁷. E una sanzione pressoché inutile, perché ineseguibile, è, in ultima istanza, una sanzione portatrice di una mera valenza simbolica³⁷⁸.

³⁷⁵ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

³⁷⁶ La previsione di una simile pena pecuniaria risulta già *ictu oculi* di difficile esecuzione, dato che vede come destinatari soggetti notoriamente insolventi: si pensi alla condizione di estrema indigenza in cui versano generalmente i migranti clandestini che, assai di frequente, arrivano in Italia avendo già esaurito le già modeste risorse economiche di cui disponevano nel paese d'origine proprio per pagarsi il mezzo di trasporto per assicurarsi il viaggio della "speranza". Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al "Pacchetto Sicurezza" (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, pp. 76.

³⁷⁷ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

³⁷⁸ Si è, già, avuto modo di focalizzare l'attenzione sull'utilizzo, spesso simbolico, del diritto penale. Applicando le argomentazioni già spiegate in linea generale, non è peregrino desumere, come osservato, che l'introduzione dell'art. 10 *bis* si presta ad essere interpretata come "una modifica certamente significativa sul piano simbolico-espressivo" ma con "un impatto pratico pressoché insignificante sulla situazione dello straniero irregolare". Sul punto, L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 30.

10.3 *L'espulsione come sanzione sostitutiva*

Gli aspetti di maggiore interesse riguardano, in ogni caso, il ruolo assolutamente centrale attribuito alla misura dell'espulsione nella disciplina penale dell'immigrazione³⁷⁹.

³⁷⁹ Si rende, in tale prospettiva, necessaria - come osservato altrove - una sia pur schematica descrizione della disciplina amministrativa dell'allontanamento e delle relative misure esecutive, sebbene non costituisca oggetto specifico della presente indagine. In termini generalissimi, l'espulsione disposta dall'autorità amministrativa rientra nella competenza del ministro dell'Interno (nei casi stabiliti dalla legge, fra i quali risultano annoverabili, ad esempio, quelli in cui è ordinata per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato) o in quella del prefetto, che, ai sensi dell'art. 13, comma 2 T.U. I.M.M., la dispone "*caso per caso*" (come ha prescritto la novella del 2011) quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'art. 10; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'art. 27, comma 1 *bis*, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, comma 3, legge 28.05.2007, n. 68; c) appartiene ad una delle categorie indicate nell'art. 1 della legge n. 1423/1956 o nell'art. 1 della legge n. 575/1965. Le tre figure di espulsione prefettizia risultano fondate su presupposti diversi e, pertanto, operano autonomamente l'una dall'altra: in particolare, l'espulsione dello straniero pericoloso *ex art. 13 comma 2 lett. c)* riguarda lo straniero soggiornante regolarmente nel territorio dello Stato, mentre quella di cui alla precedente lett. b) presuppone che l'ingresso dello straniero non sia avvenuto sottraendosi ai controlli di frontiera. Un rapido cenno deve essere, inoltre, dedicato all'istituto, già preso in considerazione nell'ambito della presente indagine, del respingimento: il testo unico del 1998 ha affiancato alla tradizionale figura del respingimento degli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera privi dei requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato (art. 10, comma 1, T.U. I.M.M.) due ipotesi di respingimento differito con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore (art. 10, comma 2, T.U. I.M.M.) nei confronti degli stranieri che a) entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso. A parte l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro quindici giorni contenuta nel decreto prefettizio di espulsione, le misure finalizzate all'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento erano affidate alla competenza dell'autorità di polizia e, segnatamente, al questore; si trattava a) dell'accompagnamento coattivo alla frontiera che rappresentava, per così dire, la regola per l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione; b) del trattenimento amministrativo nei centri di identificazione ed espulsione (art. 14, comma 1, T.U. I.M.M.), la cui durata massima, inizialmente fissata in trenta giorni, è stata, da ultimo, dilatata fino a centottanta giorni; c) dell'ordine allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni (art. 14, comma 5 *ter*, T.U. I.M.M.). L'assetto, solo sinteticamente, descritto è stato modificato, come noto, dal d.l. n. 89/2011, convertito con modificazioni, dalla legge 2.08.2011, n. 129, in base al quale la regola per l'esecuzione del provvedimento di espulsione è ora rappresentata, almeno sulla carta, dalla concessione di un periodo per la partenza volontaria. In realtà, il legislatore ha delineato un assetto della disciplina in cui le misure coercitive conservano un ruolo centrale e, pertanto, nonostante le intervenute modifiche, la *ratio* ispiratrice del sistema delle espulsioni risulta perfettamente in linea con il precedente assetto normativo. Per una ricostruzione più ampia della disciplina delle espulsioni, del respingimento e delle misure esecutive, si rinvia a A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in*

In primo luogo, la legge n. 94/2009 (art. 1, comma 22) ha modificato il comma 1 dell'art. 16 del T.U. I.M.M. relativo all'espulsione disposta dal giudice a titolo di sanzione sostitutiva, ampliando l'ambito di applicabilità di tale istituto al reato in commento. Il detto art. 16, così come modificato, prevede ora che il giudice (di pace) anche “*nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10 bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni*”.

Anche in questo caso, come per la disposizione sull'oblazione, ci troviamo – con ogni probabilità – di fronte ad un vero e proprio *unicum* ordinamentale, quanto meno per due ragioni. Da un lato, si tratta del solo caso in cui è prevista la sanzione dell'espulsione in sostituzione di una pena pecuniaria, col paradosso di una pena sostitutiva assai più afflittiva della sanzione che va a sostituire³⁸⁰. Dall'altro, si tratta dell'unico caso nel quale il giudice di pace può applicare una sanzione così gravemente incidente sulla libertà personale³⁸¹. Da

materia di immigrazione e di stupefacenti, Torino, 2012, pp. 21 e ss. Da tale ultimo punto di vista, secondo taluno, l'adeguamento del diritto nazionale al diritto di fonte europea, attuato per il tramite delle citate modifiche legislative, non ha eliminato le istanze ispiratrici della gran parte della legislazione penale in materia, rintracciabili soprattutto nella volontà di azzerare il pericolo rappresentato da chi abbia fatto illegalmente ingresso nel territorio nazionale, o da chi vi sia irregolarmente rimasto. Com'è stato rilevato, al contrario “*il pieno recepimento della normativa sovranazionale ha finito con il legittimare le scelte repressive del legislatore italiano, accentuandone i profili di irrazionalità rispetto alle funzioni della pena*”. E ancora, il sistema delle incriminazioni avrebbe, piuttosto, assunto una connotazione “*ipocrita*”, considerato che al ridimensionamento dato dalla sostituzione della pena, da detentiva a pecuniaria, non ha fatto seguito un reale cambiamento di rotta del sistema complessivo, rimasto nella sostanza immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi e i principi del diritto penale liberale. Per tali considerazioni, si rinvia a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

³⁷⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 21.

³⁸⁰ Ciò determina, a parere di taluno, un “*completo stravolgimento del rapporto tra la misura sostitutiva e la pena principale*”. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 76.

³⁸¹ L. MASERA, “*Terra bruciata*” *attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 46.

tale ultimo punto di vista, infatti, non sfugge come si sia reso, in tale prospettiva, necessario introdurre una nuova disposizione di legge che disciplini le attribuzioni del giudice di pace³⁸², per consentirgli di applicare tale misura esorbitante dal suo consueto arsenale sanzionatorio³⁸³.

Ad ogni modo, l'espulsione disposta ai sensi dell'art. 16 si allontana, grandemente, dal modello delle sanzioni sostitutive, conservandone il solo *nomen iuris*. Nel caso di specie, la sanzione sostitutiva è prevista in relazione ad una pena pecuniaria e non detentiva e non è, in alcun modo, coerente con i connotati tradizionali delle attribuzioni del giudice di pace, dai caratteri, come noto, marcatamente conciliativi³⁸⁴.

Si consideri, in ogni caso, che l'applicabilità della sanzione sostitutiva è, comunque, subordinata, ai sensi del citato art. 16, all'insussistenza delle “*cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1*”, ovvero quelle “*che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica*”³⁸⁵. E pertanto, la reale operatività dell'espulsione come sanzione

³⁸² La legge n. 94/2009 ha, infatti, inserito nel decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 recante “*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della l. 24 novembre 1999, n. 468*”, l'art. 62 bis (rubricato “*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva*”), in virtù del quale “*nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'art. 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*”. Viene, pertanto, conferita al giudice di pace la facoltà, invero vincolata, di disporre misure sostitutive della detenzione, facoltà fino a quel momento negatagli, atteso che l'art. 62 del medesimo articolato normativo espressamente prevede che “*le sanzioni sostitutive previste dagli artt. 53 e seguenti della l. 24.11.1981, n. 689, non si applicano ai reati di competenza del giudice di pace*”. L'intenzione del legislatore sembra, pertanto, essere quella di attribuire al giudice di pace un potere di sostituzione della pena ben limitato e definito, diretto cioè all'espulsione dello straniero. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 101.

³⁸³ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 46.

³⁸⁴ Ed infatti, la previsione della sanzione sostitutiva dell'espulsione si prospetta come eccedente rispetto ai limiti tradizionali della giurisdizione penale del giudice di pace e più afflittiva della permanenza domiciliare, che costituisce, come noto, la più grave tra le sanzioni irrogabili dallo stesso, tanto da suscitare, anche in questo caso, perplessità in ordine alla sua legittimità costituzionale. Sul punto si tornerà a breve, quando si analizzerà, seppur con rapidi cenni, il diritto processuale dell'immigrazione, con particolare riferimento al modulo processuale costruito per l'immigrato irregolare con l'introduzione dell'art. 10 bis.

³⁸⁵ L'art. 14, comma 1, disciplina in particolare il caso in cui non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il

sostitutiva sarà condizionata dalla possibilità concreta di potere eseguire l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera³⁸⁶.

10.4 L'esclusione del nulla osta all'espulsione

È il caso di analizzare un ulteriore passaggio dal quale emerge, ancora una volta, la preponderante importanza attribuita all'obiettivo di eseguire concretamente il provvedimento espulsivo.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 10 *bis* “*ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'art. 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato*”. Pertanto, in deroga a quanto dispone in via generale l'art. 13, comma 3, T.U. I.M.M., per cui, quando lo straniero destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione è sottoposto a procedimento penale, il questore, prima di eseguire l'espulsione, deve chiedere il *nulla osta* all'autorità giudiziaria procedente, la disposizione in commento prevede, al contrario, che, qualora il procedimento penale abbia ad oggetto la condotta ivi prevista, l'autorità amministrativa possa dar luogo all'allontanamento dello

respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo. In tale circostanza, il questore ordina che lo straniero sia trattenuto “*per il tempo strettamente necessario*” presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino.

³⁸⁶ Ad ogni modo, com'è stato osservato, appariva già possibile avanzare una previsione in ordine all'effettivo ambito di applicazione della disposizione in commento: v'era, infatti, da attendersi - secondo taluno - che i giudici di pace preferissero applicare una sanzione sostitutiva dall'esito certo (l'espulsione) piuttosto che una pena pecuniaria dall'esito molto incerto (il pagamento della - corposa - pena pecuniaria). Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 102. Si segnala, tuttavia, come un'indagine avente ad oggetto le sentenze del Giudice di Pace di Milano (pronunciate in relazione all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.) abbia in realtà evidenziato una tendenza contraria: in base al detto studio, solo in numero esiguo di casi, è stata disposta la misura sostitutiva dell'espulsione prevista dall'art. 16 T.U. I.M.M. Il dato - pur parziale - parrebbe confermare, secondo l'autore dell'indagine, come in Italia la cronica inefficacia del sistema delle espulsioni non dipenda affatto dalla natura - penale o amministrativa - della misura che dispone il rimpatrio, quanto piuttosto da strutturali carenze di carattere organizzativo ed economico. Sul punto, C. NICOLAI, *Il reato di “clandestinità nella prassi del giudice di pace di Milano*, tesi di laurea, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano, rel. G.L. GATTA, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it - consultato il 10.07.2014.

straniero senza bisogno di alcun *nulla osta*, con il solo onere di comunicare - *ex post* - l'avvenuto allontanamento all'autorità competente all'accertamento del reato³⁸⁷. Siffatta comunicazione renderà possibile, come si vedrà a breve, l'emanazione, da parte del giudice, di una sentenza di non luogo a procedere. Anche questa disposizione, a bene vedere, è dettata dall'intento di favorire, in tutti i modi, l'espulsione dello straniero.

10.5 La sentenza di non luogo a procedere

Il comma 5 dell'art. 10 *bis* prevede, inoltre, che “*il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'art. 13, comma 14, si applica l'art. 345 del codice di procedura penale*”.

In buona sostanza, tale disposizione, una volta che l'espulsione sia stata effettivamente eseguita, impone al giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, che non impedisce, tuttavia, la riproposizione dell'azione penale per il medesimo fatto qualora lo straniero rientri illegalmente in Italia prima del termine fissato nel provvedimento di espulsione³⁸⁸, potendosi applicare, per previsione espressa, l'art. 345 c.p.p., relativo alla riproponibilità dell'azione penale in presenza di una sentenza di non luogo a procedere³⁸⁹.

Preme rilevare come la pronuncia di non luogo a procedere di cui alla disposizione in commento presenti delle peculiarità, in particolare rispetto alla sentenza di non luogo a procedere prevista, in via generale, dall'art. 13, comma

³⁸⁷ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 47.

³⁸⁸ In questo caso, peraltro, la condotta dello straniero integrerà il più grave reato di violazione del divieto di reingresso, in virtù della clausola di sussidiarietà, poc'anzi analizzata.

³⁸⁹ L'art. 345 c.p.p. opera, peraltro, anche in caso di scadenza del termine della protezione temporanea di cui al d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251 o di revoca del provvedimento di protezione o, infine, di annullamento o revoca del provvedimento di regolarizzazione di cui alla l. n. 102/2009. Come si è già avuto modo di evidenziare, infatti, l'art. 10 *bis*, comma 6, prevede la sospensione obbligatoria del procedimento in caso di presentazione della domanda di protezione internazionale, destinata a terminare solo all'esito della relativa procedura amministrativa.

3 *quater* T.U. I.M.M. In virtù di tale ultima disposizione “*nei casi previsti dai commi 3, 3 bis e 3 ter, il giudice, acquisita la prova dell’avvenuta espulsione, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere*”.

La sentenza di cui all’art. 10 *bis*, in particolare, può essere pronunciata anche al di fuori dei “*casi previsti dai commi 3, 3 bis e 3 ter*” e, pertanto, anche in caso di esecuzione dell’espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva ai sensi dell’art. 16 e di esecuzione del respingimento differito. E, com’è dato evincere, non sussistono limitazioni temporali rispetto alla fase processuale, potendo essere pronunciata la sentenza di non luogo a procedere anche dopo “*il provvedimento che dispone il giudizio*”.

Come si vedrà a breve, la disposizione appena analizzata ha suscitato più di una perplessità.

10.6 Cenni sull’atipicità del procedimento penale nei confronti dello straniero

10.6.1 Premessa

L’assegnazione della competenza al giudice di pace del reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato completa il quadro appena delineato, avendo il legislatore disegnato una speciale modalità rituale del procedimento dinnanzi al giudice onorario che, per quanto qui rileva, soggiace alla medesima logica che anima la disciplina sostanziale: il fulcro attorno al quale ruota il modulo procedurale previsto è costituito, ancora una volta, dalla priorità accordata all’esigenza di allontanare dal territorio italiano il migrante irregolare³⁹⁰.

In buona sostanza, è stato creato un modulo processuale accelerato non esente da forzature rispetto alle regole ordinarie in materia di processo penale, rafforzando così l’idea di un “*ennesimo microsistema processuale in materia di immigrazione, in cui il procedimento penale è svuotato del suo fine istituzionale [...] e*

³⁹⁰ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 52.

*diventa strumento privilegiato al fine di accelerare e favorire la fuoriuscita dell'immigrato clandestino dal territorio italiano, così, rassicurando l'opinione pubblica*³⁹¹.

Una diagnosi tutt'altro che peregrina e che trova numerose conferme dalla disamina del dato positivo che occupa i paragrafi che seguono.

10.6.2 La competenza

Passando alla disamina della disciplina processuale pare opportuno procedere secondo l'ordine dettato dal codice di rito. Si esaminerà, pertanto, in primo luogo la disciplina della competenza sia per materia che territoriale.

In base al comma 3 dell'art. 10 *bis*, al procedimento penale per il reato di ingresso e soggiorno illegale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20 *bis*, 20 *ter* e 32 *bis* del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 recante “*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della L. 24 novembre 1999, n. 468*”. La legge n. 94/2009 ha, infatti, modificato l'art. 4, comma 2, del detto d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, relativo ai reati attribuiti alla competenza del giudice onorario.

Al reato in analisi non è, pertanto, applicabile, come già accennato, la sospensione condizionale della pena, in quanto - come noto - ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 274/2000 “*le disposizioni dei cui agli articoli 163 e seguenti del codice penale, relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene irrogate dal giudice di pace*”.

Quanto all'individuazione del foro competente, deve osservarsi come la natura permanente del reato di illecita permanenza determini la competenza del giudice di pace del luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione *ex art. 8, comma 3 c.p.p.* Com'è ovvio, peraltro, l'individuazione di tale luogo non sarà sempre agevole con la conseguenza che dovrà farsi ricorso alla regola suppletiva di cui all'art. 9, comma 1, c.p.p., in virtù della quale sarà “*competente il giudice del luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione*”, che dovrà individuarsi nel luogo in cui lo straniero è stato sorpreso in condizione di indebita presenza

³⁹¹ G. VARRASO, *Il nuovo rito “a presentazione immediata” dello straniero*, in A.A.V.V. (a cura di O. MAZZA e F. VIGANÒ), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, p. 126.

all'interno del territorio dello Stato.

Tanto detto, l'attribuzione della contravvenzione di immigrazione clandestina alla cognizione del giudice di pace ha, peraltro, suscitato più di un dubbio, a partire dalla citata lettera del Presidente della Repubblica di accompagnamento alla promulgazione della legge, ove si legge: *“L'attribuzione della contravvenzione di immigrazione clandestina alla cognizione del giudice di pace non mi pare poi in linea con la natura conciliativa di questi e disegna nel contempo, per il reato in questione, un “sottosistema” sanzionatorio non coerente con i principi generali dell'ordinamento e meno garantista di quello previsto per delitti di trattenimento abusivo sottoposti alla cognizione del tribunale. Per il nuovo reato la pena inflitta non può essere sospesa o “patteggiata”, mentre l'eventuale condanna non può essere appellata”*.

Ed infatti, il giudice di pace, com'è stato da più parti osservato, è tradizionalmente individuato come il giudice della conciliazione; l'esclusione dell'oblazione e, come si è detto, della sospensione condizionale della pena, privano, con ogni probabilità, la giurisdizione penale del giudice di pace di qualsiasi prospettiva di conciliazione³⁹². Tanto più se si considera la presenza, quanto alle modalità procedurali, di un modulo segnato, come si vedrà nei paragrafi successivi, da un'evidente accelerazione dei tempi processuali³⁹³.

10.6.3 Il procedimento di cui agli artt. 20 bis e 20 ter del decreto legislativo n. 274/2000

Ai sensi del comma 3 dell'art. 10 bis *“al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20 bis, 20 ter e 32 bis del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274”*, introdotti dalla legge n. 94/2009.

In particolare, è stato introdotto un nuovo rito innanzi al giudice di pace, applicabile al reato in commento, introducendo, a tal fine, nel decreto legislativo n. 274/2000 i citati articoli 20 bis, 20 ter e 32 bis, che disegnano un modulo processuale differenziato, applicabile al reato di ingresso e soggiorno

³⁹² A. CAPUTO, *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), Bologna, 2011, pp. 155 e ss.

³⁹³ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 64.

illegale.

A dire il vero, il legislatore ha introdotto un modulo processuale differenziato dinnanzi al giudice onorario – formalmente – per tutti i reati procedibili d’ufficio attribuiti alla competenza del giudice di pace. Tuttavia, nonostante il riferimento ai reati procedibili d’ufficio sembri evocare un catalogo apparentemente vasto di reati, ad uno sguardo più attento si rivela, piuttosto, una scatola pressoché vuota³⁹⁴. Se si considera, infatti, che la maggior parte dei reati assegnati al giudice onorario sono procedibili a querela della persona offesa, in quanto riconducibili perlopiù a fattispecie di microconflittualità individuale, si comprende come il reale obiettivo del legislatore sia stato quello di disegnare una speciale sequenza processuale, applicabile – nella quasi totalità dei casi – al solo reato di ingresso e soggiorno irregolare del territorio dello Stato³⁹⁵.

La sequenza procedimentale si articola, invero, attraverso due moduli distinti³⁹⁶: il giudizio a presentazione immediata *ex art. 20 bis*³⁹⁷ ed il giudizio a

³⁹⁴ Infatti, l’unica ipotesi delittuosa procedibile d’ufficio ricompresa nel testo originario dell’art. 4 D. lgs. n. 274/2000 era il reato di deturpamento di cose d’interesse storico o artistico, poi confluito in quello, più ampio, di deturpamento o imbrattamento di immobili o mezzi di trasporto pubblici o privati previsto dall’art. 639, comma 2, c.p., di competenza del tribunale in composizione monocratica. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 89.

³⁹⁵ L. DEGL’INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 74. L’A. sottolinea, inoltre, come, considerati i presupposti previsti ai fini dell’applicabilità del rito *de quo*, in gran parte coincidenti con quelli previsti ai fini dell’applicabilità del giudizio direttissimo e del giudizio immediato ordinario, risulti difficile discostarsi da quella dottrina che, nel solco tracciato, parla di una “*introduzione larvata nella disciplina processuale del giudice onorario di varianti procedurali espressamente escluse dall’art. 2 comma 1 lett. b) del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in ragione della loro oggettiva inconciliabilità con una struttura di base già semplificata, la cui efficacia deflattiva è in ogni caso tutta da verificare*”. Così, S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 56.

³⁹⁶ I moduli disegnati dagli articoli 20 *bis* e 20 *ter* sono, peraltro, accomunati, come si vedrà a breve, dalla disciplina di cui all’art. 32 *bis* del medesimo articolato normativo, relativa alla fase dibattimentale.

³⁹⁷ Così recita l’art. 20 *bis* d. lgs. n. 274/2010: “1. Per i reati procedibili d’ufficio, in caso di *flagranza di reato ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l’autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace*. 2. La richiesta di cui al comma 1, depositata presso la segreteria del pubblico ministero, contiene: a) le generalità dell'imputato e del suo difensore, ove nominato; b) l'indicazione delle persone offese dal reato; c) la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all'imputato, con l'indicazione degli articoli di

citazione contestuale *ex art 20 ter*³⁹⁸. In entrambi i casi, notevole si presenta lo scarto rispetto al rito ordinario dinnanzi al giudice di pace³⁹⁹.

Il primo dei due moduli procedimentali evocati prevede che la polizia giudiziaria debba chiedere al Pubblico Ministero l'autorizzazione a presentare “*immediatamente*” l'imputato dinnanzi al giudice di pace, mediante una richiesta

legge che si assumono violati; d) l'indicazione delle fonti di prova a sostegno della richiesta, nonché le generalità dei testimoni e dei consulenti tecnici, con espressa indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame; e) la richiesta di fissazione dell'udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio. 3. Salvo che ritenga di richiedere l'archiviazione, il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio dinanzi al giudice di pace e nominando un difensore d'ufficio all'imputato che ne è privo. Se non ritiene sussistere i presupposti per la presentazione immediata o se ritiene la richiesta manifestamente infondata ovvero presentata dinanzi ad un giudice di pace incompetente per territorio, il pubblico ministero provvede ai sensi dell'articolo 25, comma 2. 4. L'ufficiale giudiziario notifica senza ritardo all'imputato e al suo difensore copia della richiesta di cui al comma 2 e dell'autorizzazione del pubblico ministero contenente: a) l'avviso all'imputato che se non compare sarà giudicato in contumacia; b) l'avviso all'imputato che ha diritto di nominare un difensore di fiducia e che in mancanza sarà assistito da difensore di ufficio; c) l'avviso che il fascicolo relativo alle indagini è depositato presso la segreteria del pubblico ministero e che le parti e i loro difensori hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia. 5. Si applica l'articolo 20, comma 5”.

³⁹⁸ Così, invece, dispone l'art. 20 *ter* d. lgs. n. 274/2010: “1. Nei casi previsti dall'articolo 20-bis, comma 1, quando ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, ovvero se l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria formula altresì richiesta di citazione contestuale per l'udienza. 2. Se ritiene sussistere i presupposti di cui al comma 1, il pubblico ministero rinvia l'imputato direttamente dinanzi al giudice di pace con citazione per l'udienza contestuale all'autorizzazione di cui all'articolo 20-bis, comma 3, primo periodo; altrimenti provvede ai sensi del comma 3, secondo periodo, del medesimo articolo. 3. Quando il pubblico ministero dispone la citazione ai sensi del comma 2, la polizia giudiziaria conduce l'imputato che si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale direttamente dinanzi al giudice di pace per la trattazione del procedimento, salvo che egli espressamente rinunci a partecipare all'udienza. Se l'imputato non si trova sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria notifica immediatamente allo stesso la richiesta di cui al comma 1 e il provvedimento del pubblico ministero. Copia della richiesta e del provvedimento del pubblico ministero sono altresì comunicati immediatamente al difensore”.

³⁹⁹ Nell'ambito del rito ordinario dinnanzi al giudice di pace, come noto, la polizia giudiziaria, acquisita la *notitia criminis*, redige una relazione scritta, nella quale viene proposta l'imputazione e richiesta l'autorizzazione a disporre la citazione dell'indagato davanti al giudice di pace (art. 11, d. lgs. n. 274/2000). Ricevuta la relazione, il Pubblico Ministero provvede all'iscrizione della notizia di reato (art. 14) e, se non ritiene di disporre l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione e autorizzando la citazione dell'imputato (art. 15). La polizia giudiziaria, sulla base dell'imputazione formulata dal Pubblico Ministero, cita l'imputato davanti al giudice di pace. La citazione è notificata, a cura della stessa polizia giudiziaria, all'imputato, al suo difensore ed alla parte offesa almeno trenta giorni prima dell'udienza e viene depositata nella segreteria del Pubblico Ministero in uno al fascicolo contenente la documentazione relativa alle indagini espletate, il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi *aliunde*. Il giudizio si svolge secondo una procedura accelerata sia per ciò che concerne l'assunzione dei mezzi di prova, sia per la stesura del verbale (la cui redazione è prevista in forma riassuntiva), sia per la pronuncia della sentenza (per la quale è prevista la motivazione in forma abbreviata).

che deve contenere: a) le generalità dell'imputato e del suo difensore, ove nominato; b) l'indicazione delle persone offese dal reato; c) la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all'imputato, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati; d) l'indicazione delle fonti di prova a sostegno della richiesta, nonché le generalità dei testimoni e dei consulenti tecnici, con espressa indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame; e) la richiesta di fissazione dell'udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio⁴⁰⁰.

Tale rito, in ogni caso, richiede espressamente due presupposti: a) che il reato sia procedibile d'ufficio; b) che vi sia "*flagranza di reato o una sua prova evidente*"⁴⁰¹.

Ad ogni modo, spetta al Pubblico Ministero la decisione sulla richiesta, in particolare, nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora della comparizione (e nominando un difensore d'ufficio all'imputato che ne sia privo), salvo che ritenga di dover chiedere l'archiviazione. L'autorità inquirente potrà, in particolare, determinarsi in tre modi differenti: a) negare l'autorizzazione in quanto reputi di dover archiviare il procedimento⁴⁰²; b)

⁴⁰⁰ Com'è stato osservato, la necessità di indicare l'identità dello straniero determina l'impossibilità di applicare la sequenza processuale in esame nei casi in cui lo straniero non sia identificato per tempo, con conseguente obbligo per la polizia giudiziaria di seguire l'iter ordinario si cui agli artt. 11 e ss. d. lgs. n. 274/2000 per giungere a tale risultato e consentire al Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale ai sensi dell'art. 20 del medesimo articolato normativo. In siffatta ipotesi, come osservato "*appare elevato il rischio che lo straniero possa essere trattenuto nei centri di identificazione ed espulsione atteso il disposto dell'art. 14, comma 1, t.u. immigrazione che legittima tale misura qualora occorra procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità. Non sembra, quindi, affatto improbabile che nel corso delle indagini la libertà personale dello straniero possa essere in tal modo compromessa nonostante il divieto espresso contenuto nell'art. 2, comma 1, lett. b) del d. lgs. 274/2000*". Così, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 75.

⁴⁰¹ Si tratta, com'è stato ricordato, di alcuni degli attuali presupposti del giudizio direttissimo e del giudizio immediato nello schema ordinario. Anzi, non si tratta, a parere di taluno, dell'unica assonanza con la disciplina dei riti differenziati che anticipano l'approdo al dibattimento, "*tanto da lasciar trasparire l'introduzione larvata nel disciplina processuale del giudice onorario di varianti procedurali espressamente escluse dall'art. 2, comma 1, lett. b) e i) del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in ragione della loro oggettiva inconciliabilità con una struttura di base già semplificata, la cui reale efficacia deflattiva è in ogni caso tutta da verificare*". Così, S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 56.

⁴⁰² Com'è stato rilevato, in assenza di una disciplina derogatoria espressa, trovano applicazione i criteri dettati dall'art. 17 d. lgs. n. 274/2000. La richiesta di archiviazione

esprimere parere contrario alla richiesta di giudizio a presentazione immediata, ai sensi dell'art. 25, comma 2, d. lgs. n. 274/2000, nel caso in cui non ritenga sussistenti i presupposti per la presentazione immediata, ovvero la richiesta sia stata presentata davanti a un giudice territorialmente incompetente⁴⁰³; c) autorizzare la presentazione immediata del prevenuto, come detto, entro quindici giorni, davanti al giudice di pace⁴⁰⁴.

La sequenza dettata dall'art. 20 *ter* d. lgs. n. 274/2000 si rivela ancora più accelerata, risultando incentrata sulla richiesta, da parte della polizia giudiziaria, di citazione contestuale dell'imputato “*quando ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza*”, tali da non consentire di attendere la fissazione dell'udienza *ex art. 20 bis* ovvero quando l'imputato si trova, a qualsiasi titolo, in stato di limitazione della libertà personale. Il Pubblico Ministero, in presenza di una “*richiesta di citazione contestuale per l'udienza*” formulata dalla polizia giudiziaria, qualora ritenga sussistente uno dei detti presupposti (oltre che quelli previsti dall'art. 20 *bis*, ovvero la flagranza e l'evidenza della prova), rinvia l'imputato direttamente innanzi al giudice di pace ai fini della trattazione del procedimento, autorizzando la polizia giudiziaria alla presentazione immediata dello stesso.

L'art. 20 *ter* delinea un sub-procedimento ipersemplificato che importa, nella sostanza, una doppia valutazione: da un lato, quella relativa alla sussistenza di

potrà, pertanto, effettuarsi qualora gli elementi di indagine non siano tali da sostenere l'accusa in giudizio, secondo il consueto criterio diagnostico di cui all'art. 125 disp. att. c.p.p. Sul punto, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 77.

⁴⁰³ In tal caso, si applicherà, gioco forza, la disciplina generale ordinaria, con la conseguenza che il Pubblico Ministero svolgerà di persona le indagini *ex art. 12 d. lgs. n. 274/2000*, ovvero darà l'incarico investigativo alla polizia giudiziaria di procedere ai sensi dell'art. 11 del medesimo articolato normativo, ovvero, ancora, trasmetterà gli atti alla parte pubblica presso il giudice ritenuto competente per territorio. Sul punto, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 76.

⁴⁰⁴ In tal caso, l'ufficiale giudiziario procederà a notificare all'imputato ed al suo difensore copia della richiesta e dell'autorizzazione del Pubblico Ministero che deve contenere una pluralità di avvertimenti; l'imputato deve, infatti, essere avvisato: a) della possibilità di essere giudicato in contumacia in caso di mancata comparizione; b) del diritto a nominare un difensore di fiducia in mancanza del quale verrà comunque assistito dal legale d'ufficio; c) della possibilità di prendere visione ed estrarre copia del fascicolo del Pubblico Ministero che, contestualmente alla notifica dei detti atti, viene depositato presso la relativa cancelleria. Sul punto, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 77.

gravi e comprovate ragioni di urgenza che impongano un'immediata celebrazione del rito; dall'altro, quella legata all'esistenza di un provvedimento restrittivo della libertà personale a qualsiasi titolo emesso⁴⁰⁵. Quanto a tale ultimo presupposto, vengono in considerazione, da un lato, le ipotesi di applicazione di una misura cautelare e, dall'altro, l'eventuale detenzione amministrativa disposta ai sensi dell'art. 14, comma 1, T.U. I.M.M.⁴⁰⁶. Anzi, com'è stato sostenuto, è tale ultima ipotesi che, nell'ottica del legislatore, diviene la situazione qualificata alla quale applicare siffatto speciale modulo procedurale⁴⁰⁷.

Come anticipato, per entrambi i moduli procedurali la disposizione di riferimento, in tema di dibattimento, risiede nell'art. 32 *bis* d. lgs. n. 274/2000 che, a sua volta, richiama le regole generali dettate dall'art. 32, finalizzate a consentire, come detto, una particolare celerità nella fase di assunzione delle prove, nella redazione del verbale d'udienza (in forma riassuntiva) e nell'emanazione della sentenza (da redigere in forma abbreviata)⁴⁰⁸.

Le ulteriori regole previste dall'art. 32 *bis* rafforzano la celerità e l'immediatezza dei nuovi riti, in particolare con la prescrizione per le parti necessarie e per l'eventuale parte civile della presentazione diretta in dibattimento dei propri testimoni e consulenti tecnici (comma 3) e dell'avviso da rivolgere all'imputato della facoltà di chiedere un termine a difesa, non

⁴⁰⁵ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 77.

⁴⁰⁶ Vi rientra, pertanto, il caso dello straniero trattenuto nei Centri di Identificazione ed Espulsione (C.I.E.) in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, ovvero trattenuto in stato di arresto (naturalmente, per una fattispecie di reato diversa da quella di clandestinità) o di fermo, quale indiziato di delitto.

⁴⁰⁷ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 77.

⁴⁰⁸ Così recita l'art. 32 *bis* d. lgs. n. 274/2010: "1. Nel corso del giudizio a presentazione immediata di cui agli articoli 20-bis e 20-ter si osservano le disposizioni dell'articolo 32. 2. La persona offesa e i testimoni possono essere citati anche oralmente dall'ufficiale giudiziario nel corso del giudizio a presentazione immediata di cui all'articolo 20-bis. Nel corso del giudizio a citazione contestuale di cui all'articolo 20-ter la persona offesa e i testimoni possono essere citati anche oralmente dall'ufficiale giudiziario ovvero dalla polizia giudiziaria. 3. Il pubblico ministero, l'imputato e la parte civile presentano direttamente a dibattimento i propri testimoni e consulenti tecnici. 4. Il pubblico ministero dà lettura dell'imputazione. 5. L'imputato è avvisato della facoltà di chiedere un termine a difesa non superiore a sette giorni. Quando l'imputato si avvale di tale facoltà, il dibattimento è sospeso fino all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine. Nel caso previsto dall'articolo 20-ter, il termine non può essere superiore a quarantotto ore".

superiore a sette giorni nei casi riconducibili all'art 20 *bis* e a quarantotto ore nei casi riconducibili all'art. 20 *ter*.

10.6.4 La causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto

Si consideri, preliminarmente, come l'attribuzione del reato in analisi al giudice di pace comporti, in applicazione della disciplina di cui al d lgs. n. 274/2000, in particolare degli artt. 2 e 60 di tale articolato normativo, l'inapplicabilità di istituti quali la sospensione condizionale della pena⁴⁰⁹ ed il patteggiamento. Parimenti inapplicabile, perché incompatibile con l'offesa recata dal reato in esame, appare, secondo taluno, l'istituto dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, previsto, in via generale, per il rito davanti al giudice di pace dall'art. 35, d. lgs. n. 274/2000⁴¹⁰.

Per contro, l'attribuzione della competenza al giudice di pace pone il problema della praticabilità della definizione alternativa del giudizio, prevista in via generale dall' art. 34 d. lgs. n. 274/2000, ossia dell'improcedibilità per la particolare tenuità del fatto⁴¹¹.

Ad avviso della giurisprudenza di legittimità può essere ritenuto di particolare tenuità anche il fatto commesso in violazione di una contravvenzione, in quanto l'applicabilità dell'istituto *de quo* non è condizionata né dalla tipologia dei reati, né dalla presenza o meno della persona offesa⁴¹². La Suprema Corte ha, inoltre, riconosciuto l'applicabilità della causa d'improcedibilità ad ogni tipologia di reato, compresi i reati di pericolo astratto o presunto⁴¹³.

⁴⁰⁹ Come già rammentato, infatti, al reato in analisi non è applicabile la sospensione condizionale della pena, in quanto ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 274/2000 “*le disposizioni dei cui agli articoli 163 e seguenti del codice penale, relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene irrogate dal giudice di pace*”.

⁴¹⁰ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1329.

⁴¹¹ A norma del primo comma dell'art. 34 d lgs. n. 274/2000: “*Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato*”.

⁴¹² In tal senso, Cassazione Penale, Sez. IV, 8 aprile 2003, n. 25917.

⁴¹³ In questa direzione, Cassazione Penale, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 24249.

In assenza di un'espressa previsione in senso contrario, si è sostenuta l'applicabilità della citata causa di esclusione della procedibilità, peraltro in presenza dei presupposti che seguono: a) l'offesa al bene tutelato sia esigua (si pensi al caso dello straniero che, dopo essere entrato in Italia, essendo tenuto a richiedere il permesso di soggiorno entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso, lo abbia fatto con un solo giorno di ritardo); b) il fatto di ingresso o trattenimento illecito sia "occasionale"; c) l'intensità del dolo o della colpa sia lieve; d) il procedimento penale potrebbe compromettere esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'immigrato⁴¹⁴.

Ad ogni modo, di tale questione, *inter alia*, si è occupata la Corte costituzionale nel pronunciamento oggetto di analisi nel capitolo successivo, al quale in questa sede si rimanda.

11. Critiche alla norma e conclusioni parziali

Dall'analisi del quadro normativo fin qui condotta emerge il consolidarsi di un vero e proprio microsistema trasversale che abbraccia norme amministrative, penali e processuali, tutte finalizzate più all'effettiva esecuzione della misura espulsiva che alla mera punizione penale⁴¹⁵.

Tirando un po' le somme dell'indagine sin qui condotta, emerge - fra le altre cose - come la disciplina processuale sia, in qualche modo, "piegata" alla finalità di espellere lo straniero "ad ogni costo", anche invertendo il normale rapporto tra funzione penale e funzione amministrativa⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Così, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione in Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1329.

⁴¹⁵ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 86.

⁴¹⁶ Si pensi, fra le altre cose, al fatto che, ai fini dell'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione nei confronti dello straniero indagato per il reato di ingresso o soggiorno illegale, non è necessaria la richiesta del *nulla osta* all'esecuzione da parte dell'autorità giudiziaria che procede per l'accertamento del reato. Ciò inverte il normale rapporto fra funzione penale e funzione amministrativa, che ordinariamente quando è in corso un processo penale fa ritenere più importante garantirne la funzionalità, subordinando l'espulsione amministrativa alla dichiarazione del giudice - attraverso il "nulla osta" - che ciò non comprometterà l'accertamento penale. Con questa norma, invece, l'attività amministrativa diviene prevalente: stabilendo che il questore non abbia bisogno del "nulla osta" per espellere lo straniero indagato, si crea una corsia preferenziale per l'esecuzione di

Viene, così, alla luce una delle anomalie di questa norma, e cioè che nella gran parte delle situazioni il medesimo fatto è sanzionato sia con un provvedimento amministrativo che comporta l'allontanamento, sia con la sanzione penale, sostituibile a sua volta con l'espulsione. Così, per il medesimo fatto si avviano contestualmente due procedimenti paralleli: quello amministrativo che conduce al provvedimento di respingimento disposto dal questore o al provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal prefetto e il procedimento penale di fronte al giudice di pace⁴¹⁷.

La norma commentata è stata censurata sia sotto il profilo dell'opportunità che sul piano della legittimità costituzionale.

Focalizzando per il momento l'attenzione sull'opportunità dell'incriminazione⁴¹⁸, da più commentatori è stata evidenziata la sostanziale inutilità della norma per la scarsa efficacia deterrente che può derivare dalla minaccia di una pena pecuniaria per la platea dei possibili destinatari della contravvenzione, costituita per la stragrande maggioranza da migranti spinti all'emigrazione da ragioni di sopravvivenza⁴¹⁹.

La minaccia della pena pecuniaria non può, infatti, ritenersi dissuasiva nei

tali espulsioni. Tanto che la sentenza di non luogo a procedere deve essere emessa dal giudice in caso di esecuzione del provvedimento di respingimento disposto dal questore o del provvedimento prefettizio di espulsione, e lo stesso giudice dispone l'espulsione quale sanzione sostitutiva della pena pecuniaria in tutti i casi in cui non vi sia alcuno degli impedimenti all'accompagnamento immediato alla frontiera previsti nell'art. 14 TU (in presenza dei quali deve essere disposto il trattenimento nei C.I.E.). In definitiva, l'esecuzione dell'attività amministrativa – indipendente dalla volontà del giudice – provoca l'estinzione dell'attività penale.

⁴¹⁷ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1328.

⁴¹⁸ Il piano della legittimità costituzionale verrà analizzato nel capitolo che segue.

⁴¹⁹ Sul punto, fra gli altri, L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss., nonché L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013. Critico, sul punto anche T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Guida Al Diritto. Il Sole 24 Ore*, 2009, p. 15, ad avviso del quale “la sola pena dell'ammenda” rappresenta “un deterrente e una coercizione che per un disperato valgono meno di zero”.

confronti di soggetti economicamente incapienti⁴²⁰, tanto che, com'è stato rilevato, la vera sanzione di questo reato, piuttosto che l'ammenda, sia in realtà la sanzione sostitutiva dell'espulsione⁴²¹, a cui può giungersi, come detto, già durante il giudizio per effetto della procedura amministrativa *ex artt. 13 e 14 T.U. I.M.M.*⁴²², ovvero all'esito dello stesso giudizio innanzi al giudice, che può applicare l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva.

Di tal guisa ragionando, risulta difficile discostarsi da chi sostiene la natura, oltre che strumentale all'esecuzione dell'espulsione, marcatamente simbolica dell'incriminazione *de qua*, ritenendo che la stessa sia, in ultima istanza, il “simbolo di una volontà di esclusione dello straniero irregolare che cerca spesso nel diritto penale un alleato se non un succedaneo di un sistema amministrativo non sempre funzionante”⁴²³. Il ricorso al diritto penale, è ormai chiaro, evoca nel corpo elettorale l'idea della “mano dura contro i clandestini”: poco conta, poi, che l'armamentario penale messo in campo sia spuntato, dal momento che nel nostro Paese, notoriamente, quella che si è detto essere la reale sanzione inflitta dal reato di clandestinità, l'espulsione, è di fatto votata a non essere eseguita⁴²⁴. Tanto detto, l'interrogativo che residua è, in definitiva, se il legislatore abbia o

⁴²⁰ Trattasi, infatti, di soggetti che, tipicamente, risultano privi di risorse economiche, cosicché – com'è stato affermato – ciò che la legge richiede loro “*si presenta ex ante inattuabile (in formula, ad impossibilia nemo tenetur), cioè inesigibile (l'esigibilità, quale categoria generale, secondo la scienza penalistica e criminale, è il limite del diritto punitivo statale, il suo confine intrinseco)*”. Così, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 98.

⁴²¹ A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione Penale*, 2011, pp. 446 e ss.

⁴²² Da questo punto di vista, non sfugge come la stessa attività processuale del giudice di pace sia destinata a risultare in molti casi inutile e, in particolare, quando nelle more del giudizio il questore comunichi l'esecuzione dell'espulsione disposta in via amministrativa con conseguente pronuncia di sentenza di non luogo a procedere. Così, si appalesa, anche nel solco appena tracciato, ovvero nel parallelismo tra il giudizio penale ed il procedimento amministrativo diretto all'allontanamento dello straniero, un'incongruenza di fondo, una sorta di competizione tra procedura giudiziaria e procedura amministrativa che risulta comprensibile solo se si svela il reale obiettivo del legislatore, quello di ottenere, nel più breve tempo possibile e ad ogni costo, l'espulsione dello straniero.

⁴²³ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 86.

⁴²⁴ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1331. La previsione di cui all'art. 10 *bis* non elimina, infatti, gli ostacoli che, ad oggi, impediscono l'effettiva esecuzione dei provvedimenti di espulsione tra cui, oltre al problema dei costi, le difficoltà di accertamento dell'identità e della nazionalità del soggetto e la mancata cooperazione al rimpatrio da parte del Paese di provenienza dello straniero.

meno abusato del suo potere repressivo, sia perché la norma introdotta, con ogni probabilità, annovera ed anticipa nell'area della tutela penale condotte, secondo taluno, non sufficientemente lesive o addirittura inoffensive e che, invece, possono ricevere un compiuto controllo (o contrasto) extrapenale (c.d. principio di sussidiarietà o meritevolezza della pena, che emargina la sanzione punitiva sproporzionata per eccesso), sia perché può avere l'effetto distorsivo di scavare un profondo ed anacronistico solco, con ogni probabilità già esistente, tra cittadini e stranieri⁴²⁵. E se, in ultima istanza, la legge abbia dettato, poco ragionevolmente, una sorta di statuto speciale per lo straniero immigrato, emblematico, per quanto qui rileva, di un diritto penale dell'esclusione ovvero dell'indebolimento⁴²⁶.

Come già ricordato, il diritto punitivo dell'esclusione sarebbe contraddistinto dalla circostanza che scopo del meccanismo repressivo non sarebbe quello di integrare, inserire, accogliere, ma piuttosto di emarginare, segregare, neutralizzare⁴²⁷. L'obiettivo fondamentale sarebbe quello di bandire il reo dalla società in termini tendenzialmente definitivi⁴²⁸.

Per quanto riguarda il diritto punitivo dell'indebolimento, scopo del meccanismo repressivo non sarebbe quello di escludere, segregare, neutralizzare, ma piuttosto di mantenere il soggetto all'interno della società, rendendolo tuttavia debole e, quindi, suscettibile di strumentalizzazioni.

⁴²⁵ Si pone un siffatto interrogativo, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 99.

⁴²⁶ Sulle categorie del diritto penale dell'esclusione e dell'indebolimento si è già avuto modo di focalizzare l'attenzione più sopra. Per tale tematica, già compiutamente sviscerata, si rimanda, ad ogni buon conto, a R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, pp. 17 e ss.

⁴²⁷ In realtà, osserva l'A., l'intero diritto penale è connotato da una logica "annientatrice", anche perché alla rottura della pace sociale derivante dalla commissione di un reato si risponde mediante un'altra rottura, quella della relazione tra il reo e la società. Tuttavia, dalla condanna in poi, il sistema penale tende a ricucire lo strappo verificatosi: rieducazione e risocializzazione altro non sono che finalità di reintegrazione del reo all'interno della comunità sociale. Non così, nel diritto penale dell'esclusione, ove lo strappo verificatosi è tendenzialmente definitivo. Si veda, sul punto, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 20.

⁴²⁸ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 20.

L'obiettivo sarebbe, in questo caso, quello di tollerare la presenza del soggetto all'interno della società, ma di renderlo particolarmente vulnerabile, indifeso, esposto, fragile e, quindi, sfruttabile in virtù della sua debolezza⁴²⁹.

In sostanza, sia il diritto penale dell'esclusione sia quello dell'indebolimento sono caratterizzati da una prospettiva discriminatoria, data dall'insofferenza nei confronti delle differenze, dal dispregio dell'inferiore per condizione sociale, per razza o per condotta. Tuttavia, gli stessi si differenziano sul piano dell'esito: il diritto punitivo dell'esclusione, come detto, tende a creare una frattura e a segregare; al contrario, il diritto penale dell'indebolimento, in maniera forse più subdola, non intende emarginare il soggetto sul piano fisico-materiale, ma su quello sociale, privandolo di diritti, rendendolo cosa, non-persona⁴³⁰.

Un siffatto risultato, quello dell'indebolimento appunto, può essere raggiunto non solo e non tanto per il tramite di misure repressive di carattere penale. Passi in tale direzione possono essere compiuti anche attraverso l'esclusione di taluni soggetti (o non-soggetti) dal novero dei soggetti portatori di diritti, qui intesi in funzione dell'accesso a prestazioni e servizi forniti dalla pubblica amministrazione o anche da privati. Si tratta, in altre parole, di tenere taluno ai margini della convivenza civile, impedendogli anche il compimento di atti che rientrano nel nucleo ristretto di quei diritti fondamentali⁴³¹ che fanno di un essere umano un soggetto di diritto⁴³².

⁴²⁹ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 21.

⁴³⁰ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 21.

⁴³¹ Ci si riferisce, è ormai noto, ad atti che nulla hanno a che vedere col diritto penale e che, piuttosto, riguardano la disciplina amministrativa e civile *tout court*. Senza entrare nel dettaglio, basti qui rilevare come sia possibile tenere taluni soggetti ai margini della convivenza civile anche solo impedendogli di compiere atti come il riconoscimento di un figlio presso gli uffici dello stato civile, o l'iscrizione dello stesso alla scuola secondaria o, ancora, precludendo la possibilità di contrarre matrimonio o, in generale, attraverso l'esclusione della possibilità di usufruire dei servizi pubblici. In altre parole, le misure di carattere amministrativo possono essere molto più afflittive, nei fatti, delle misure repressive di carattere penale, anche se quest'ultimo rimane, comunque, più visibile dal punto di vista comunicativo e simbolico.

⁴³² L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23*

Quale l'obiettivo?

“*Fare terra bruciata*”⁴³³ attorno a taluni soggetti sul piano sociale e civile, in quanto ritenuti – per ragioni più o meno comprensibili – indesiderati o indesiderabili. Trattare tali soggetti come “*semi-persone*”, o addirittura, come autentiche “*non-persone*”⁴³⁴.

Come già ricordato, infine, tanto il diritto penale dell'esclusione, quanto il diritto penale dell'indebolimento possono costituire, in qualche modo, segni rivelatori di un diritto penale di lotta, o nei casi più vistosi, di un diritto penale del nemico⁴³⁵.

Tanto detto, le critiche della dottrina si sono appuntate non solo sull'opportunità o meno dell'introduzione dell'art. 10 *bis*, ma anche sulle novità via via introdotte in materia amministrativa che, in vario modo, rendono ancora più dura la condizione giuridica ed esistenziale del clandestino nel nostro Paese⁴³⁶.

Si rende, pertanto, da ultimo necessario tratteggiare taluni profili di natura più propriamente amministrativa che, in ragione della loro importanza, intesa nel senso di reale incisione sulla vita dei migranti irregolari, permetteranno di cogliere davvero il senso della disciplina penale, collocandola all'interno del complesso disegno normativo in commento.

Non trattandosi di norme penali, ed avendo invece questa indagine ad oggetto specificatamente la materia penalistica, non si analizzeranno nel dettaglio le singole modifiche ma ci si limiterà a fornire un quadro di sintesi che sarà

aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72-73.

⁴³³ L'espressione della «*terra bruciata*» è di L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 27 e ss.

⁴³⁴ H.C.SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersona nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss. (trad. it a cura di Giuseppe Campesi).

⁴³⁵ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 131.

⁴³⁶ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72-73.

strutturato sulla base degli effetti che tali modifiche arrecano alla condizione dello straniero irregolare.

La disamina degli aspetti amministrativi contribuirà a rivelare se - nei fatti - l'obiettivo ultimo del legislatore sia stato realmente quello di fare “*terra bruciata*” attorno all'extracomunitario irregolare⁴³⁷.

12. Postilla: le novità introdotte in materia amministrativa. Cenni

Uno sguardo cursorio alle misure introdotte in materia amministrativa è, come detto, di sicuro interesse per il penalista: “*non solo perché fa luce sul più ampio contesto di interventi normativi nel quale si inseriscono quelli di natura penale, ma anche perché, oggi più che mai, nel settore dell'immigrazione le previsioni del diritto amministrativo assumono importanza e vanno coordinate con quelle del diritto penale, rispetto ad esse in funzione accessoria*”⁴³⁸.

Tanto detto, vengono in rilievo, innanzitutto, modifiche normative volte ad impedire o comunque limitare l'accesso dei clandestini ai pubblici servizi⁴³⁹. La modifica più significativa, in tale direzione, è contenuta all'art. 6, comma 2, d. lgs. n. 286 del 1998⁴⁴⁰: in buona sostanza, mentre in precedenza non era richiesta l'esibizione di documenti attestanti la regolarità del soggiorno quando

⁴³⁷ Come già ricordato, l'espressione della «*terra bruciata*» è di L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 27 e ss.

⁴³⁸ Sul punto, G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1325.

⁴³⁹ Si tratta, com'è stato affermato, di escludere il clandestino dal novero dei soggetti portatori di diritti. Anzi, “*in nome del rispetto della legalità e della necessità di punire chi non rispetta le regole, lo straniero che si trova illegalmente in Italia diventa un non-soggetto, cui impedire l'accesso a quasi tutte le prestazioni o servizi forniti dalla pubblica amministrazione o anche da privati*”. Così, L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72.

⁴⁴⁰ Così recita la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 6, d.lgs. n. 286/1998: “*Fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'articolo 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie, i documenti inerenti al soggiorno di cui all'articolo 5, comma 8, devono essere esibiti agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati?*”.

lo straniero richiedeva atti dello stato civile o intendeva accedere ai pubblici servizi, a seguito dell'intervenuta modifica normativa la regolarità del soggiorno diviene presupposto per beneficiare di qualsiasi servizio pubblico, salvo quelli attinenti alle prestazioni sanitarie “*urgenti o comunque essenziali*” ed alle prestazioni scolastiche obbligatorie (prestazioni che, peraltro, nell'originario progetto governativo erano anch'esse precluse agli irregolari)⁴⁴¹. Sembrerebbe, pertanto, preclusa all'irregolare la possibilità, fra le altre cose, di riconoscimento di un figlio presso gli uffici dello stato civile, l'iscrizione dello stesso alla scuola secondaria, la registrazione della morte di una persona presso i medesimi uffici⁴⁴².

È stato, poi, modificato l'art. 116 c.c., prevedendo che lo straniero, per contrarre matrimonio, debba presentare, oltre quanto già previsto⁴⁴³, “*un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano*”. Interessante notare come il divieto riguardi non solo il matrimonio tra connazionali, ma *tout court* il matrimonio dell'irregolare, non importa se con un italiano o un soggetto di altra nazionalità. Com'è stato osservato, il legislatore, mosso dall'intento di porre fine alla celebrazione di matrimoni di comodo tra extracomunitari e cittadini italiani⁴⁴⁴, finalizzati all'ottenimento di un titolo di soggiorno, “*ha fatto di tutt'erba un fascio*”⁴⁴⁵, negando *tout court* all'irregolare la possibilità di sposarsi, per ipotesi anche con un connazionale, e dunque senza

⁴⁴¹ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72.

⁴⁴² Si tratta, a bene vedere, di atti che rientrano davvero nel nucleo più ristretto di quei diritti fondamentali che fanno di un essere umano un soggetto di diritto.

⁴⁴³ Lo straniero che intende contrarre matrimonio in Italia deve presentare all'ufficiale di stato civile, ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.c., un *nulla osta* rilasciato dall'autorità competente del suo Paese d'origine da cui risulti che, in base alla sua legge nazionale, non vi sono impedimenti alla celebrazione del matrimonio.

⁴⁴⁴ Trattasi, com'è evidente, di quei matrimoni tra cittadino straniero e cittadino italiano in cui manchi l'intenzione di costituire una famiglia e che risultano celebrati all'unico fine di consentire allo straniero di ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari, di godere dell'inespellibilità, ancorché irregolare, di avanzare domanda di cittadinanza italiana una volta maturati i termini di legge.

⁴⁴⁵ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1325.

alcuna volontà elusiva della disciplina sul soggiorno⁴⁴⁶. Tuttavia, sul punto è - comprensibilmente - intervenuta la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «*nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano*»⁴⁴⁷.

Nella medesima direzione, anche se non afferente alla disciplina dei servizi pubblici, si pongono le misure volte ad ostacolare il trasferimento di somme di denaro, da e verso il Paese di provenienza dell'immigrato irregolare, per il tramite delle agenzie di *money transfer*. Queste ultime, secondo quanto previsto dalla normativa vigente⁴⁴⁸, devono richiedere al cliente il permesso di soggiorno e, qualora questi ne sia sprovvisto, devono trasmettere – entro dodici ore – i suoi dati identificativi all'autorità di pubblica sicurezza, pena la cancellazione dall'albo abilitativo allo svolgimento dell'attività. Anche in questo caso, com'è stato osservato, il legislatore, per contrastare il possibile riciclaggio

⁴⁴⁶ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 73.

⁴⁴⁷ Trattasi della sentenza del 25 luglio 2011, n. 245, nell'ambito della quale la Consulta, dopo aver ricordato che, nonostante sia certamente consentito al legislatore di dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia, tuttavia, ha sottolineato che tali norme "devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, tra i quali certamente rientra quello «di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (sentenza n. 445 del 2002)".

⁴⁴⁸ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, comma 20, della l. 94/2009 che, testualmente, stabilisce: "Fermo restando quanto previsto dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, gli agenti in attività finanziaria che prestano servizi di pagamento nella forma dell'incasso e trasferimento di fondi (*money transfer*) acquisiscono e conservano per dieci anni i dati del titolo di soggiorno se il soggetto che ordina l'operazione è un cittadino extracomunitario. I dati sono conservati con le modalità previste con decreto del Ministro dell'Interno emanato ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155. In mancanza del titolo gli agenti effettuano, entro dodici ore, apposita segnalazione all'autorità locale di pubblica sicurezza, trasmettendo i dati identificativi del soggetto. La mancata trasmissione dei dati identificativi è sanzionata con la cancellazione dall'elenco degli agenti in attività finanziaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 25 settembre 1999, n. 374".

di somme di denaro, provento di attività criminali, ha impedito *tout court* a tutti gli irregolari – anche a quelli dediti ad attività del tutto lecite – di trasferire denaro da o verso il proprio Paese d’origine⁴⁴⁹.

Sempre sul terreno del diritto amministrativo, vengono introdotti requisiti nuovi e più restrittivi per la concessione della cittadinanza o il rilascio del permesso di soggiorno.

Per ciò che concerne la cittadinanza, viene aumentato da sei mesi a due anni il periodo in cui il coniuge straniero di cittadino italiano deve risiedere legalmente nel territorio italiano per poter richiedere la cittadinanza⁴⁵⁰.

Fra le altre cose, poi, il comma 12 del medesimo articolato normativo introduce il pagamento di 200 euro per ogni “istanza o dichiarazione di elezione, acquisto, riacquisto, rinuncia o concessione della cittadinanza”.

Ma l’intervento di natura amministrativa che più desta perplessità è, peraltro, quello concernente l’allungamento dei termini di internamento nei Centri di identificazione ed espulsione, dapprima con la l. 94/2009 e, successivamente, con il d.l. 23.6.2011, n. 89, convertito con l. n. 129/2011. La durata massima dell’internamento è prima passata da sessanta a centottanta giorni per poi essere estesa fino a diciotto mesi.

La vicenda è ormai nota: la più recente riforma del 2011 (d.l. 23.6.2011, n. 89, convertito con l. n. 129/2011), è stata imposta in realtà dalla necessità di dare attuazione alla Direttiva rimpatri, necessità divenuta impellente dopo la pronuncia della Corte di Giustizia che ha sancito l’incompatibilità, rispetto alla

⁴⁴⁹ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l’amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1325.

⁴⁵⁰ Così, l’art. 1, comma 11, l. 15 luglio 2009, n. 94: “L’articolo 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, è sostituito dal seguente: Art. 5. - 1. Il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all’estero, qualora, al momento dell’adozione del decreto di cui all’articolo 7, comma 1, non sia intervenuto lo scioglimento, l’annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi. 2. I termini di cui al comma 1 sono ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi”.

direttiva, della disciplina italiana dei reati collegati con l'espulsione⁴⁵¹.

La modifica di maggior rilievo, determinata dalle indicazioni fornite dalla normativa comunitaria, è consistita nella previsione della partenza volontaria quale modalità ordinaria di esecuzione dei provvedimenti espulsivi⁴⁵².

Sul versante penalistico, si è assistito ad un sensibile ridimensionamento del ruolo della sanzione penale nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione ma si è trattato di un ridimensionamento realizzato, non già attraverso l'abrogazione delle varie fattispecie incriminatrici dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 T.U. I.M.M.), ma con la riformulazione delle fattispecie stesse e con la sostituzione della pena comminata da detentiva in pecuniaria⁴⁵³. Una scelta siffatta, ovvero

⁴⁵¹ Come già ricordato, la Corte di Giustizia è, in particolare, intervenuta in merito alla compatibilità del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emanato dal questore, ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter T.U. I.M.M. con la Direttiva rimpatri. Con la sentenza del 28 aprile 2011 (C-61/11 P.P.U.), i giudici comunitari, dopo aver ricostruito il quadro normativo della questione, hanno ricordato che, dall'economia generale della direttiva, discende per gli Stati membri la possibilità di derogare alle norme ed alle procedure solo introducendo o mantenendo disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare rispetto a quelle stabilite dalla direttiva (art. 4, n. 3), giammai applicando norme più severe nell'ambito disciplinato dalla stessa. Da qui la necessaria conseguenza che *“gli Stati non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo [...], una pena detentiva, come quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale”*, dovendo, al contrario, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio. Tale pena, prosegue la Corte, *“rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare”*. In conclusione, la Corte afferma che al giudice del rinvio *“spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contrario al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo”*. Sull'impatto, invero dirompente, della sentenza *de qua* si avrà modo di focalizzare nuovamente l'attenzione nel corso della presente trattazione. Basti, ora, rilevare come la stessa abbia inciso grandemente, sull'intelaiatura generale dei reati collegati all'espulsione.

⁴⁵² Quanto alle misure coercitive necessarie ad eseguire la decisione di rimpatrio, e meno afflittive rispetto al trattenimento, la nuova disciplina prevede invero una certa gradualità: nelle ipotesi in cui sia stato concesso il termine per la partenza volontaria, il questore chieda allo straniero di *“dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso”* e possa altresì disporre le misure della consegna del passaporto, dell'obbligo di dimora e dell'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica. Nel caso in cui non sia possibile eseguire immediatamente il rimpatrio, il questore può decidere di applicare tali misure, in luogo del trattenimento nei C.I.E.

⁴⁵³ Secondo taluno, l'adeguamento del diritto nazionale al diritto di fonte europea non ha eliminato le istanze ispiratrici della gran parte della legislazione penale in materia,

quella del superamento della pena detentiva, è peraltro il frutto delle rime obbligate scandite dalla Corte di Giustizia⁴⁵⁴.

Il legislatore italiano, di converso, ha ritenuto - quasi a voler compensare il venir meno della sanzione detentiva - di modificare, di fatto triplicandolo, il termine di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione, durata che, in linea con quanto previsto dalla direttiva rimpatri, può ora protrarsi fino a diciotto mesi⁴⁵⁵.

Al di là dei (peraltro decisivi) problemi di compatibilità fra la normativa nazionale e quella europea, che verranno trattati nel prosieguo, com'è stato osservato, *“il consistente prolungamento del periodo massimo di trattenimento previsto dalla riforma getta una luce inquietante sull'intero sistema normativo dei C.I.E.”*⁴⁵⁶. Si tratta, come noto, di un internamento in strutture sostanzialmente carcerarie, disposto quando non sia possibile procedere all'espulsione dell'extracomunitario, in esito ad un procedimento amministrativo peraltro ben lontano dalle garanzie proprie del procedimento penale⁴⁵⁷.

rintracciabili soprattutto nella volontà di azzerare il pericolo rappresentato da chi abbia fatto illegalmente ingresso nel territorio nazionale, o da chi vi sia irregolarmente rimasto. Com'è stato rilevato, al contrario *“il pieno recepimento della normativa sovranazionale ha finito con il legittimare le scelte repressive del legislatore italiano, accentuandone i profili di irrazionalità rispetto alle funzioni della pena”*. E ancora, il sistema delle incriminazioni avrebbe, piuttosto, assunto una connotazione *“ipocrita”*, considerato che al ridimensionamento dato dalla sostituzione della pena, da detentiva a pecuniaria, non ha fatto seguito un reale cambiamento di rotta del sistema complessivo, rimasto nella sostanza immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi e i principi del diritto penale liberale. Per tali considerazioni, si rinvia a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

⁴⁵⁴ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 21.

⁴⁵⁵ Come già rilevato, da questo punto di vista, la Direttiva rimpatri ha condotto non solo un'armonizzazione *de minimis*, ma anche un'armonizzazione al ribasso sul piano dei diritti fondamentali dello straniero. Si è reso possibile, per quanto qui rileva, procedere ad una sostanziale triplicazione dei termini di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione. Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

⁴⁵⁶ L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 80.

⁴⁵⁷ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1326.

I C.I.E., almeno formalmente, sarebbero infatti finalizzati a consentire l'identificazione del clandestino e la materiale esecuzione dei provvedimenti di allontanamento: in altri termini, si tratterebbe di strutture istituite per “ospitare” gli stranieri in attesa del rimpatrio, secondo il modello di espulsione elaborato in sede europea⁴⁵⁸. Tuttavia, la permanenza nei detti centri costituisce, come già ricordato, sostanzialmente una forma di detenzione estranea al diritto penale, dal momento che la privazione della libertà personale non trova giustificazione né in una condanna definitiva né tanto meno, in un'ordinanza di custodia cautelare⁴⁵⁹.

Non è un caso che, con riferimento ai C.I.E., si sia parlato di “*bagatellizzazione della libertà personale del migrante*”⁴⁶⁰, in ragione del fatto che il clandestino era, e resta, un soggetto che può essere a lungo privato della libertà personale, anche per ragioni di mera opportunità amministrativa, e ciò in un sistema nell'ambito del quale la privazione della medesima libertà personale è considerata, almeno formalmente, l'*extrema ratio* cui ricorrere per la tutela dei beni giuridici⁴⁶¹.

Le modifiche di natura amministrativa e la rinnovata disciplina dei C.I.E.,

⁴⁵⁸ D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione. Quali diritti per gli immigrati clandestini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.07.2013.

⁴⁵⁹ Com'è stato osservato, il legislatore non ha potuto sanzionare il nuovo reato di clandestinità con una pena detentiva che consentisse l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà in via cautelare ma ha, comunque, raggiunto l'obiettivo di sottrarre all'irregolare la sua libertà mediante lo strumento amministrativo, fra l'altro, per un periodo probabilmente superiore alla pena detentiva che in concreto sarebbe stata inflitta dal giudice penale qualora fosse stato approvato l'originario progetto governativo, che qualificava la permanenza irregolare come delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Tutto ciò, nel presupposto che lo straniero possa essere privato per un considerevole lasso di tempo di un suo diritto fondamentale, a causa – fondamentalmente – delle inefficienze della pubblica amministrazione o di ostacoli burocratici al rimpatrio, e quindi anche quando non gli sia personalmente rimproverabile alcun tentativo di sottrarsi alle procedure di allontanamento. Sul punto, L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 80.

⁴⁶⁰ A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 83 e ss.

⁴⁶¹ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 81.

com'è evidente, incidono in modo rilevante sulle condizioni di vita dei clandestini presenti nel nostro Paese, relegandoli sempre più ai margini della convivenza civile⁴⁶², completando, così, il quadro complessivo della disciplina italiana dell'immigrazione irregolare.

Nel complesso, l'obiettivo del legislatore non sembra solo quello di garantire una più rapida espulsione dello straniero clandestino, ma anche – forse soprattutto – quello di determinare il suo progressivo isolamento sociale, ben oltre la soglia cui la sua condizione già lo condanna.

La dottrina si confronta ormai da tempo con l'ingombrante e discussa figura di un “*diritto penale del nemico*” o di un “*diritto penale di lotta*” e, come ricordato, con le categorie del “*diritto penale dell'esclusione e dell'indebolimento*”. Non a caso, a detta di molti, tali figure hanno trovato uno dei terreni più fecondi ed una delle più rigogliose propaggini normative proprio nel diritto penale dell'immigrazione, per sua natura separato ed incompatibile con il sistema garantistico riservato al cittadino⁴⁶³.

All'esito dell'indagine si avrà modo di focalizzare ancora l'attenzione sulle categorie sopracitate. Per il momento, preme solo rilevare che, se l'intenzione del legislatore era – come sembra – quella di “*fare terra bruciata attorno al clandestino*”, con ogni probabilità, almeno in parte, quello stesso legislatore ha colto nel segno, con una normativa che oltre a non essere ineccepibile dal punto di vista dell'opportunità, non lo è, come si vedrà a breve, dal punto di vista della legittimità costituzionale.

Ad ogni buon conto, dopo essere entrati nell'oggetto materiale della presente riflessione giuridica, enucleando la disciplina positiva del c.d. reato di clandestinità, si rende ora possibile passare al nucleo forte, ma anche al più delicato della ricerca, rappresentato dalla riflessione circa la compatibilità della

⁴⁶² L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 81.

⁴⁶³ A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.10.2013.

fattispecie con i principi costituzionali, esaminando, volta per volta, i singoli profili di possibile illegittimità e le “*risposte*” offerte dalla Corte costituzionale.

CAPITOLO VI

Compatibilità dell'art. 10 *bis* d. lgs. 286/1998

rispetto alla Carta costituzionale

SOMMARIO: 1. *La giurisprudenza costituzionale su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione.* – 1.1. *Le libertà civili ed i diritti sociali degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 1.2. *Principi penalistici e garanzie processuali nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 1.3. *La politica dell'immigrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 2. *La doppia "percezione" della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 2.1. *La (in)compatibilità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità.* – 2.2 *Brevi considerazioni sull'utilizzo dell'offensività come canone di controllo delle opzioni legislative in materia penale.* – 2.3. *La "patente di legittimità" del reato di clandestinità.* – 2.3.1. *Le censure di carattere generale.* – 2.3.2. *Le censure riguardanti aspetti specifici della disciplina.* – 2.3.3. *La (non) violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.* – 3. *Brevi note critiche.* – 4. *Coraggio e self restraint della Corte costituzionale.* – 5. *Conclusioni parziali.*

1. La giurisprudenza costituzionale su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione

L'ordinamento giuridico italiano si caratterizza, come si è già avuto modo di evidenziare, per non avere, almeno dal punto di vista costituzionale, una definizione di straniero⁴⁶⁴.

Il ripetersi senza sosta di ondate migratorie verso il nostro paese ha, peraltro, posto all'attenzione della dottrina e della Corte costituzionale il tema dei diritti da attribuire agli stranieri extracomunitari che raggiungono il nostro territorio⁴⁶⁵. Gli studi della dottrina e le decisioni della Corte costituzionale hanno conosciuto, nel tentativo di colmare tale *vulnus*, un ritmo sempre più incalzante, parallelamente all'incremento del fenomeno migratorio⁴⁶⁶.

L'opacità della Costituzione in materia ha, quindi, portato all'elaborazione di orientamenti dottrinali, cui si aggiunge l'importante opera della Corte costituzionale, che hanno cercato, in diverso modo, di rintracciare il fondamento dello statuto giuridico dello straniero.

Anzi, sulla base delle pronunce della Corte è possibile individuare il profilo essenziale dello statuto costituzionale dello straniero, definito secondo linee-guida tutto sommato consolidate, anche se non prive, come emergerà dalla riflessione che si andrà a breve a sviluppare, di aspetti - tuttora - controversi⁴⁶⁷.

La questione dei diritti dei migranti, quanto meno per alcuni profili, è infatti lontana dall'aver trovato una sistemazione condivisa, vuoi per le difficoltà di natura culturale ed ideologica, prima ancora che politica e giuridica, vuoi per

⁴⁶⁴ Si è già avuto modo di analizzare, nel secondo capitolo, il dettato costituzionale afferente alla condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano, constatando l'inesistenza di una definizione di straniero. La sostanziale carenza di flussi migratori nella prima metà del Ventesimo secolo ha, infatti, influito sulla scrittura della Costituzione, ove il fenomeno migratorio è stato preso in considerazione solo dal punto di vista dell'emigrazione. La parola straniero compare solo nell'art. 10, comma 2, Cost., in cui si riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero, in conformità alle norme ed ai trattati internazionali.

⁴⁶⁵ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 269.

⁴⁶⁶ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 269.

⁴⁶⁷ A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale ed immigrazione illegale*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 23.

l'aspro e controverso dibattito che attraversa e scuote le società moderne, che stentano ad accettare i nuovi equilibri derivanti dai flussi migratori e che manifestano tendenze non inclusive, assumendo atteggiamenti difensivi, dominati dalla paura⁴⁶⁸.

Le questioni che il fenomeno migratorio pone agli ordinamenti nazionali e, segnatamente, all'ordinamento italiano, si presentano tanto vaste quanto complesse. Si tratta, adesso, di affrontare la tematica dall'angolazione della giurisprudenza costituzionale, precisando tuttavia che le implicazioni sono tanto ampie e variegate da non poter essere trattate in maniera omogenea, analizzando le numerosissime implicazioni connesse alla dialettica cittadini/non cittadini.

Limitando l'attenzione alla dimensione specifica relativa alla condizione giuridica degli immigrati extracomunitari vista sul piano delle conseguenze sistemiche del principio di uguaglianza, in un tentativo di semplificazione è, peraltro, possibile seguire tre diversi filoni: quello delle libertà civili e dei diritti sociali; quello relativo ai principi penalistici ed alle garanzie processuali su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione illegale; nonché, da ultimo, quello relativo alle scelte legislative che riguardano la politica dell'immigrazione. Si rende necessario, a questo punto della trattazione, esaminare - per ciascuno dei filoni indicati - gli approdi della giurisprudenza costituzionale.

Com'è ovvio, in questa sede merita particolare attenzione l'orientamento della Corte costituzionale circa le scelte legislative e ciò in quanto siffatta politica chiama direttamente in causa il bilanciamento dello *ius migrandi* con le istanze di ordine pubblico e sicurezza.

Come si vedrà a breve, il giudice delle leggi ha assunto atteggiamenti molto diversi a seconda della tematica oggetto di scrutinio e, pertanto, gli angoli

⁴⁶⁸ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 269 e ss.

visuali indicati meritano di essere trattati separatamente⁴⁶⁹.

Ad ogni modo, l'analisi della giurisprudenza costituzionale che si andrà, a breve, a sviluppare farà da sfondo alle considerazioni relative alla compatibilità del c.d. reato di clandestinità rispetto alla Costituzione e permetterà, da ultimo, di inquadrare correttamente le risposte, di volta in volta, offerte dal giudice delle leggi nell'ambito oggetto di scrutinio.

Come più volte ricordato, la riflessione circa la compatibilità della detta fattispecie rispetto al volto costituzionale dell'illecito penale rappresenta il nucleo forte, ma anche il più delicato, della presente ricerca.

1.1 Le libertà civili ed i diritti sociali degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Fin dalla sentenza n. 120/1967 la Corte costituzionale ha affermato che i principi costituzionali in materia di diritti inviolabili, tra cui il principio di uguaglianza, si riferiscono anche ai non cittadini⁴⁷⁰.

Non sembra vi siano dubbi in giurisprudenza⁴⁷¹, sul fatto che i diritti fondamentali della persona debbano essere garantiti a tutti gli individui, in quanto uomini e non in quanto cittadini, indipendentemente da una specifica "appartenenza" ad uno Stato. Così come non sembrano esservi perplessità sul far rientrare nel novero dei diritti fondamentali anche i diritti umani.

⁴⁶⁹ L'analisi della giurisprudenza costituzionale rileva - come si approfondirà a breve - una duplice tendenza: quando il giudizio ha ad oggetto norme legislative che non sono direttamente connesse all'interesse alla regolazione ed al controllo dei flussi migratori, la Corte costituzionale esercita un controllo penetrante sulla legittimità costituzionale delle norme sfavorevoli allo straniero; quando, invece, le norme oggetto del giudizio sono connesse al detto interesse alla regolazione ed al controllo dei flussi migratori, lo scrutinio di legittimità costituzionale tende ad essere deferente, a garanzia della discrezionalità del legislatore in materia. Tali dinamiche verranno più compiutamente approfondite nei paragrafi che seguono. Per il momento, si rinvia a R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in www.costituzionalismo.it, 2013, pp. 23 e ss.

⁴⁷⁰ Si legge nella sentenza che l'art. 3 Cost. deve essere posto "in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, in quanto se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo".

⁴⁷¹ Vedasi sul punto, più recentemente, sentenza n. 293 del 2000, in cui la Corte costituzionale ha sostenuto che quello della dignità della persona umana è valore costituzionale "che permea di sé il diritto positivo".

Ed infatti, sulla base di una lettura coordinata delle norme di cui agli artt. 2, 3 e 10 Cost., il giudice delle leggi è attestato sulla tesi per la quale “*se è vero che l’art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio d’eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali*”⁴⁷².

Pur mantenendo ferma questa impostazione, la giurisprudenza costituzionale ha, tuttavia, fatto leva sulla distinzione tra la titolarità dei diritti fondamentali della persona, rispetto alla quale il principio di eguaglianza trova piena applicazione nei confronti dello straniero, e il godimento di tali diritti, rispetto al quale il legislatore conserva un margine di possibile trattamento differenziato tra cittadino e straniero⁴⁷³.

In altre parole, la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittime normative differenziate tra cittadini e stranieri anche in tema di diritti fondamentali, a condizione che la disparità di trattamento fosse ragionevole in relazione alle diverse posizioni effettivamente rivestite dagli uni e dagli altri; queste diverse posizioni – che giustificerebbero discipline differenziate tra cittadini e stranieri anche in materia di diritti fondamentali – possono scaturire, secondo la Corte, da diverse situazioni di fatto, ma anche da diverse valutazioni

⁴⁷² Vedasi, sul punto, la citata sentenza n. 120/1967, e, più di recente, la sentenza n. 245/2011, che ha ribadito il consolidato orientamento della Corte, in forza del quale i diritti inviolabili di cui all’art. 2 Cost. spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché, con riguardo alla tutela di tali diritti, la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi.

⁴⁷³ Vedasi, sul punto, la sentenza n. 104/1969, ove la Corte costituzionale ha sostenuto che, nella concretezza dei fatti, nonostante l’eguale titolarità di tali diritti tra cittadini e non, possano sussistere diversità reali tra essi e che, quindi, il legislatore ha la facoltà di operare delle distinzioni nel loro effettivo godimento, purché non siano arbitrarie. Si legge, infatti, nella sentenza: “*Nel campo della titolarità dei diritti di libertà, l’eguaglianza di situazioni soggettive tra cittadini e stranieri non esclude che, nelle situazioni concrete, possono presentarsi differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, con il limite della razionalità del suo apprezzamento*”. Interessante un passaggio della sentenza in commento ove emerge con assoluta nitidezza la dicotomia cittadino/straniero: “*Il cittadino ha nel territorio un domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato [...]; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati*”.

giuridiche operate dall'ordinamento⁴⁷⁴.

La Corte costituzionale ha affermato che tale principio è da intendersi come divieto di introdurre discriminazioni illegittime. La valutazione della diversità delle situazioni non è lasciata, tuttavia, alla piena discrezionalità del legislatore: questi deve attenersi al criterio di ragionevolezza per giustificare la disparità di trattamento tra cittadini (e non cittadini), fornendo cioè logiche giustificazioni della diversità della disciplina⁴⁷⁵.

Differmità di trattamento sono, pertanto, ammesse nella misura in cui i provvedimenti adottati dal legislatore osservino il principio di ragionevolezza, ovvero rispecchino la facoltà di equilibrare le garanzie costituzionali inerenti i diritti fondamentali con altre necessità di pari rango, rappresentate, e questo è il nodo cruciale, da interessi pubblici quali la sicurezza, la salute, l'ordine pubblico, i vincoli internazionali e la politica migratoria nazionale⁴⁷⁶.

Ad ogni modo, l'orientamento della Corte Costituzionale appare decisamente più favorevole alla condizione giuridica degli immigrati sul versante delle libertà personali e dei diritti sociali⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di statuto costituzionale dello straniero e diritti fondamentali, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 6 e ss.

⁴⁷⁵ Com'è stato affermato, peraltro, "Il carattere di per sé elastico del criterio di ragionevolezza fa sì poi che il problema delle discriminazioni si presenti sotto profili sempre nuovi: nella storia, è noto che tante discriminazioni "storiche", a cominciare da quelle di genere, sono state "giustificate", in un primo tempo, in base a differenze di fatto". Così, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, citato in O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 277.

⁴⁷⁶ Già da queste brevi considerazioni è agevole comprendere come la disciplina dell'immigrazione, in particolare quella penale, possa costituire un terreno irto di difficoltà per l'affermazione dei principi costituzionali e ciò è stato ben evidenziato da importanti pronunce della Corte costituzionale che hanno fissato alcuni punti fermi che definiscono l'intelaiatura nella quale dovrebbe essere inquadrata la detta disciplina. Da questo punto di vista, i principi fissati dalla Corte costituzionale, si è già avuto modo di evidenziarlo, costituiscono i riflessi dello Stato di diritto in siffatta materia. La Corte costituzionale ha, in altre parole, provveduto a tracciare lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di diritto, in un contesto ove il legislatore ha, spesso, dovuto fare i conti con le contingenze nelle quali il fenomeno dell'immigrazione si calava. Questo il vero *punctum dolens*: com'è stato già osservato, nonostante vi siano in astratto previsioni normative poste a tutela dei diritti fondamentali, non sempre - in concreto - i provvedimenti statali ne hanno dato fedele attuazione.

⁴⁷⁷ Non può, peraltro, sottacersi che, in molti casi, le aperture della Corte a favore dei diritti degli immigrati sono il riflesso dell'efficacia di accordi e convenzioni internazionali, oltre che

Così, la Corte costituzionale non ha avuto difficoltà ad ammettere che anche agli stranieri potessero riconoscersi la libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa senza condizione di reciprocità⁴⁷⁸, la libertà personale⁴⁷⁹, il diritto alla vita⁴⁸⁰, con il conseguente divieto di estradizione per reati che la legge straniera punisce con la pena di morte⁴⁸¹, la libertà religiosa⁴⁸², il diritto di formare una famiglia e di mantenere l'unità familiare⁴⁸³ ai sensi degli artt. 29

del costante dialogo con la Corte di Strasburgo. Da tale punto di vista, infatti, si presenta ormai corposo il filone giurisprudenziale relativo ai diritti dei cittadini extracomunitari della Corte EDU: si tratta di pronunciamenti che spaziano dai casi di estradizione a quelli di espulsione o mancato rinnovo del permesso di soggiorno, ai principi del giusto processo e, tra gli altri, alle questioni legate ai diritti di famiglia.

⁴⁷⁸ Cfr. sentenza n. 11/1968, ove si legge: *“Il presupposto del trattamento di reciprocità per l'accesso dello straniero all'esercizio della professione giornalistica in Italia (art. 45, in relazione all'art. 36 della legge 13 febbraio 1963, n. 69) non può dirsi illegittimamente stabilito, essendo ragionevole che intanto lo straniero sia ammesso ad una attività lavorativa in Italia in quanto al cittadino italiano venga assicurata una pari possibilità nello Stato al quale il primo appartiene. Tuttavia nell'ipotesi del cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, il presupposto di reciprocità rischia di tradursi in una grave menomazione della libertà di quei soggetti ai quali la Costituzione (art. 10, terzo comma) ha voluto offrire asilo politico. Per contrasto con l'art. 21 cost. - il quale garantisce a tutti, e non ai soli cittadini, il fondamentale diritto di esprimere liberamente e con ogni mezzo il proprio pensiero - l'art. 45 della legge n. 69 del 1963 va perciò dichiarato, in parte qua, illegittimo”*.

⁴⁷⁹ Cfr. sentenza n. 58/1995, ove si legge: *“è giurisprudenza di questa Corte che, di fronte all'incisione di beni di tal pregio, il controllo di costituzionalità delle norme di legge contestate deve avvenire in modo da garantire che il sacrificio della libertà sia giustificato dall'effettiva realizzazione di altri valori costituzionali o non vada incontro a ostacoli insormontabili costituiti dalla protezione di altri valori costituzionali”*. Sulla libertà personale si focalizzerà nuovamente l'attenzione nel paragrafo che segue, ove verranno trattati i principi penalistici e le garanzie processuali nella giurisprudenza costituzionale su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione illegale.

⁴⁸⁰ Cfr. sentenza n. 54/1979, ove si legge: *“Il testuale riferimento dell'art. 3, primo comma, Cost. ai soli cittadini non esclude che l'eguaglianza avanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri là dove, come nel caso di specie, si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo quale è il diritto alla vita specificatamente protetto in sede penale dall'art. 27, quarto comma, Cost.”*.

⁴⁸¹ Cfr. sentenza n. 223/1996 ove, nel solco tracciato dalla citata sentenza n. 54/1979, la Corte afferma che *“Nel nostro ordinamento, in cui il divieto della pena di morte è sancito dalla Costituzione [...] Il divieto contenuto nell'art 27, quarto comma, Cost., ed i valori ad esso sottostanti, primo fra tutti il bene essenziale della vita, impongono, infatti, una garanzia assoluta”*.

⁴⁸² Cfr. sentenza n. 14/1973.

⁴⁸³ Cfr. sentenza n. 376/2000, nell'ambito della quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 17, comma 2, lettera d) della legge 6 marzo 1998, n. 40, poi sostituito dall'art. 19, comma 2, lettera d) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui non estendeva *“il divieto di espulsione al marito straniero convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. La norma, infatti, pur apprestando nella particolare materia dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio dello Stato una tutela adeguata nei riguardi della donna incinta e di colei che ha partorito da non oltre sei mesi, omette di considerare il diritto del minore ad essere educato, ove ciò sia possibile, da entrambi i genitori e pone la donna di fronte alla drammatica alternativa di seguire il marito o affrontare da sola la maternità, così violando il principio di “paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi”*. E' poi evidente che, una volta parificata la posizione del marito convivente con

e 30 Cost. che, per la Corte Costituzionale, pongono diritti fondamentali della persona, in quanto tali spettanti, in linea di principio, anche agli stranieri⁴⁸⁴. Così, lo si è già ricordato, il giudice delle leggi ha dichiarato illegittima la disposizione che imponeva allo straniero, che volesse contrarre matrimonio nello Stato italiano, di presentare all'ufficiale dello stato civile un documento attestante la regolarità del soggiorno⁴⁸⁵.

Ma è nella giurisprudenza sui diritti sociali degli immigrati che la Corte Costituzionale ha adoperato il giudizio di ragionevolezza con esiti che hanno spesso scardinato le differenze di trattamento tra cittadini e stranieri, peraltro con importanti ricadute applicative⁴⁸⁶. E ciò, per il tramite di sentenze additive con le quali il giudice delle leggi ha giudicato incostituzionale l'esclusione degli immigrati dal godimento di taluni diritti sociali: si pensi al diritto alla salute⁴⁸⁷;

la donna incinta o che ha partorito da non oltre sei mesi, con quella della stessa, deve essere esteso anche a tale soggetto il divieto di espulsione, salvo che sussistano i motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato previsti dall'art. 11, comma 1, richiamato dall'art. 17, comma 2 della legge medesima". Interessante notare come la Corte, pur proclamando l'importanza del principio dell'unità familiare, non riesca tuttavia ad esimersi dal bilanciarlo con l'eventuale sussistenza di motivi di ordine pubblico e sicurezza.

⁴⁸⁴ Cfr. sentenza n. 28/1995, ove si ribadisce "Il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e quindi tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono infatti diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri". Nella medesima direzione, vedasi sentenza n. 203/1997, ove la Corte riafferma "il diritto fondamentale del minore di poter vivere, ove possibile, con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, ed il conseguente diritto dei genitori di realizzare il ricongiungimento con il figlio".

⁴⁸⁵ Trattasi della - già citata - sentenza del 25 luglio 2011, n. 245, nell'ambito della quale la Consulta, dopo aver ricordato che, nonostante sia certamente consentito al legislatore di dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia, tuttavia, ha sottolineato che tali norme "devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, tra i quali certamente rientra quello «di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (sentenza n. 445 del 2002)". Interessante, da tale ultimo punto di vista, come il parametro di giudizio preso in considerazione dalla Corte non sia solo ed esclusivamente quello costituzionale ma anche quello della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e, soprattutto, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁴⁸⁶ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 283.

⁴⁸⁷ Cfr. sentenza n. 252/2001, ove la Corte rammenta che la legge prevede "un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche

al diritto alla pensione di inabilità e all'indennità di accompagnamento⁴⁸⁸ per gli extracomunitari totalmente inabili o per quelli affetti da gravi patologie o *handicap*⁴⁸⁹; al diritto al trasporto gratuito in caso di invalidità⁴⁹⁰. Per il giudice delle leggi, se l'ordinamento dispone prestazioni strumentali al soddisfacimento di bisogni primari della persona, entra in gioco la persona stessa, la cui promozione e protezione identificano il compito originario della forma di Stato repubblicana: in siffatti ambiti, secondo la Corte, non sono tollerabili distinzioni tra immigrati e cittadini⁴⁹¹.

È questo, peraltro, un tema che s'intreccia con quello del riparto di

a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost. [...] a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall'art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio".

⁴⁸⁸ Cfr. sentenza n. 11/2009. La Corte, in senso analogo alla precedente sentenza n. 306/2008 in materia di indennità di accompagnamento, ha confermato l'intrinseca irragionevolezza di una norma che subordinava il diritto alla pensione di inabilità alla disponibilità del reddito necessario per il rilascio della carta di soggiorno.

⁴⁸⁹ Cfr. sentenza n. 306/2008 e 40/2013. In particolare, nella - appena citata - sentenza 306/2008 la Corte ha reputato illegittima una norma che distingueva lo straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo dagli altri stranieri regolarmente soggiornanti per ciò che concerneva il godimento del diritto ad un'indennità di accompagnamento prevista per le persone inabili al lavoro, facendo applicazione, oltre che del principio di ragionevolezza, anche del principio di non discriminazione. La Corte, nella sentenza n. 40/2013, dopo aver richiamato i numerosi precedenti in materia, ha ribadito che "*ove si tratti, come nei casi allora deliberati, di provvidenze destinate al sostentamento della persona nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile si trova inserito - qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU, avuto riguardo alla interpretazione rigorosa che di tale norma è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte europea".*

⁴⁹⁰ Cfr. sentenza n. 432/2005. In tal caso, la Corte ha ritenuto illegittima una norma di legge della Regione Lombardia "*nella parte in cui non include i cittadini stranieri, residenti nella Regione, fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili".* Secondo la Corte, distinguere, ai fini dell'applicabilità della misura in questione, fra cittadini e stranieri finisce per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari. Così si legge, in particolare, nella sentenza *de qua*: "*Al legislatore è consentito introdurre regimi differenziati soltanto in presenza di una causa normativa non palesemente irragionevole. Nella specie, non essendo enucleabile altra ratio che non sia quella di introdurre una preclusione destinata a scriminare, dal novero dei fruitori della provvidenza sociale, gli stranieri in quanto tali, la norma censurata si pone in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché il relativo scrutinio va circoscritto all'interno della specifica previsione in virtù della quale la circolazione gratuita viene assicurata non a tutti gli invalidi residenti in Lombardia che abbiano un grado di invalidità pari al 100%, ma soltanto a coloro, fra essi, che godano della cittadinanza italiana, cittadinanza che rappresenta, così, uno specifico presupposto per l'ammissione al regime di favore e si pone come condizione ulteriore, ultronea ed incoerente".*

⁴⁹¹ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 283.

competenze legislative ai sensi dell'art. 117 Cost. e ciò in quanto le prestazioni sociali - dalla salute all'assistenza sociale, all'istruzione, alla formazione professionale, all'edilizia popolare - chiamano in causa specifici titoli di legittimazione legislativa delle Regioni. Molte delle citate pronunce della Corte sono, infatti, intervenute a seguito di giudizi in via principale, vale a dire in caso di impugnazioni di leggi regionali da parte del Governo, che lamentava la lesione della potestà esclusiva sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero⁴⁹². Interessante, da questo punto di vista, analizzare il percorso argomentativo-interpretativo seguito dalla Corte nello scrutinio delle leggi regionali di volta in volta impugnate: la Corte ha - nella sostanza - fatto leva sulla condizione di regolarità al fine di avallare l'erogazione di prestazioni anche agli stranieri; secondo la Corte, in altre parole, in assenza di previsioni espresse il regime normale dei diritti sociali non può che essere inteso come riferibile agli stranieri regolari, ovvero ai titolari di carta o permesso di soggiorno⁴⁹³.

Ciò che importa rilevare in questa sede è come il filo conduttore in tema di diritti sociali si muova, in ogni caso, sul crinale della distinzione tra stranieri regolarmente soggiornanti, che hanno diritto a ricevere le prestazioni connesse alla tutela della persona, e stranieri irregolari o clandestini, che non essendo

⁴⁹² O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 284.

⁴⁹³ La Corte costituzionale, su tale crinale, ha - con una recente sentenza (n. 2/2013) - censurato una legge della Provincia autonoma di Bolzano che subordinava l'accesso a molteplici prestazioni sociali al requisito dell'ininterrotta residenza e dimora stabile nella Provincia per almeno 5 anni. Secondo la Corte, siffatto requisito contrasta col principio di ragionevolezza "in quanto introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari, che non possono trovare giustificazione nel fatto che si tratta di prestazioni di natura economica eccedenti quelle essenziali e che si tratta di scelte operate per contenere la spesa pubblica. Tanto l'una che l'altra circostanza non escludono, infatti, che le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari - necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse disponibili - debbano essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza". La previsione di un simile requisito, infatti, non risulta rispettosa dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto "introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze in questione (sentenza n. 40 del 2011). Infatti, non è evidentemente possibile presumere, in termini assoluti, che gli stranieri immigrati nella Provincia da meno di cinque anni, ma pur sempre ivi stabilmente residenti o dimoranti, versino in stato di bisogno minore rispetto a chi vi risiede o dimora da più anni".

legittimati a permanere nel territorio dello Stato, a norma dell'art. 35 T.U. I.M.M., hanno diritto alle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali⁴⁹⁴.

Pertanto, nonostante non siano mancate oscillazioni e incertezze, sembra potersi affermare che sul piano dei diritti fondamentali la Corte costituzionale ha operato le seguenti distinzioni: da un lato, il nucleo dei diritti inviolabili *ex* art. 2 Cost., che, in quanto tali, spettano ad ogni individuo a prescindere dalla sua nazionalità e dalla sua condizione di immigrato regolare o irregolare, e, dall'altro, le libertà civili, che la Costituzione riconosce ai cittadini e che, tuttavia, sono suscettibili di essere estese anche a favore degli stranieri regolarmente soggiornanti per il tramite di previsioni legislative, o per la via giurisprudenziale del canone di ragionevolezza, alla luce del quale la Corte

⁴⁹⁴ Il catalogo previsto dall'art. 35 T.U. I.M.M. si presenta, in verità, più ampio e, secondo la Corte costituzionale, suscettibile di interpretazione estensiva. Così recita, in particolare, la disposizione in parola: “*Art. 35. Assistenza sanitaria per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale. 1. Per le prestazioni sanitarie erogate ai cittadini stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale devono essere corrisposte, dai soggetti tenuti al pagamento di tali prestazioni, le tariffe determinate dalle regioni e province autonome ai sensi dell'articolo 8, commi 5 e 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni. 2. Restano salve le norme che disciplinano l'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia in base a trattati e accordi internazionali bilaterali o multilaterali di reciprocità sottoscritti dall'Italia. 3. Ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. Sono, in particolare, garantiti: a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, ai sensi delle leggi 29 luglio 1975, n. 405, e 22 maggio 1978, n. 194, e del decreto del Ministro della sanità 6 marzo 1995, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13 aprile 1995, a parità di trattamento con i cittadini italiani; b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176; c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai. 4. Le prestazioni di cui al comma 3 sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani. 5. L'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano. 6. Fermo restando il finanziamento delle prestazioni ospedaliere urgenti o comunque essenziali a carico del Ministero dell'Interno, agli oneri recati dalle rimanenti prestazioni contemplate nel comma 3, nei confronti degli stranieri privi di risorse economiche sufficienti, si provvede nell'ambito delle disponibilità del Fondo sanitario nazionale, con corrispondente riduzione dei programmi riferiti agli interventi di emergenza”.*

valuta i trattamenti legislativi differenziati⁴⁹⁵.

La giurisprudenza esaminata rivela, peraltro, un'ulteriore tendenza: laddove le norme oggetto di scrutinio non sono direttamente connesse all'interesse alla regolazione ed al controllo dei flussi migratori, esse sono illegittime se non rispettano i diritti costituzionali dello straniero ed il divieto di discriminazione; parimenti esse non sono illegittime se sono norme regionali che comportano un arricchimento del livello di protezione dei diritti costituzionali dello straniero rispetto a quanto previsto dalla normativa statale⁴⁹⁶.

1.2 *Principi penalistici e garanzie processuali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Proseguendo nell'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione, occorre adesso focalizzare l'attenzione sulle pronunce della Corte afferenti ai principi penalistici ed alle garanzie processuali su questioni concernenti l'immigrazione illegale.

È possibile, su tale crinale, isolare due filoni: il primo riguarda decisioni nell'ambito delle quali il riconoscimento a favore del migrante (irregolare) di un diritto fondamentale è svincolato dalla più volte citata distinzione tra titolarità e godimento del diritto stesso; al secondo filone sono, invece, riconducibili pronunce la cui *ratio decidendi* individuata dalla Corte è ancorata a

⁴⁹⁵ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 294.

⁴⁹⁶ Significativa, da tale ultimo punto di vista, è la giurisprudenza costituzionale relativa a leggi delle Regioni Toscana, Puglia e Campania, che hanno previsto l'applicazione - anche allo straniero irregolarmente soggiornante - di misure di carattere socio-assistenziale. Secondo la Corte tali norme, pur se applicabili allo straniero irregolarmente soggiornante, non incidono sull'interesse alla regolazione ed al controllo dei flussi migratori per il sol fatto di prevedere diritti in capo allo straniero irregolarmente soggiornante. La Corte costituzionale ha infatti rigettato la tesi, prospettata dalla difesa erariale, secondo la quale le garanzie di tali diritti avrebbe in qualche modo agevolato la permanenza sul territorio nazionale di tali stranieri, i quali, per il fatto di essere irregolarmente soggiornanti, commettono il reato di "clandestinità" di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. Date queste premesse, una volta esclusa l'incidenza delle norme *de quibus* nella competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, lett. b), e una volta ricondotte le norme regionali ad altri ambiti, come la salute, l'istruzione e l'assistenza sociale, ascrivibili a competenze concorrenti o residuali delle Regioni, la Corte ha dichiarato tali norme non illegittime. Trattasi, in particolare, delle sentenze n. 269/2010, 299/2010 e 61/2011.

parametri costituzionali - ad esempio, i principi penalistici - assunti in termini del tutto indipendenti dalla dicotomia cittadino/straniero, nonché da quella straniero regolare/straniero irregolare⁴⁹⁷.

Ciò premesso, è inquadrabile nel primo dei due filoni citati la sentenza n. 105 del 2001, che ha escluso che le garanzie dell'art. 13 Cost. potessero subire attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti⁴⁹⁸.

Sempre in tema di *habeas corpus*, ma con importanti affermazioni anche in ordine al diritto al contraddittorio ed al diritto di difesa riconosciuto allo straniero, si segnala, altresì, la sentenza n. 222 del 2004⁴⁹⁹. Tale

⁴⁹⁷ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 7-8.

⁴⁹⁸ La Corte ha, in particolare, evidenziato che per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi alla gestione dei flussi migratori “*non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale che, al pari di altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipino di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*”. Nel quadro tracciato, particolarmente significativa è la qualificazione, operata dalla Corte, dell'accompagnamento coattivo e del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione alla stregua di misure incidenti sulla libertà personale e, in quanto tali, sottoposte alle garanzie previste dall'art. 13 Cost. Tuttavia, nonostante tali importanti affermazioni, secondo taluno, si tratta comunque di una “*sentenza sospesa tra il coraggio nella tutela dei diritti (e della Costituzione) e la paura dei risvolti pratici delle proprie scelte (come preoccupazione per l'effettività del controllo dell'immigrazione)*”. Da un lato, si riconosce che il legislatore ha creato una disciplina incostituzionale ma, dall'altro, non lo si dichiara formalmente, lasciando ai giudici il compito di ripristinare la conformità a Costituzione, lasciando “*sospesa*” l'effettiva risoluzione delle questioni affrontate. Sul punto, A. ALGOSTINO, *Lo straniero «sospeso» tra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione (nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 105 del 2001)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 1345 e ss. In tema di incidenza sulla libertà personale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, vedasi altresì sentenza n. 62/1994. Da ultimo, sulla qualificazione del foglio di via obbligatoria quale misura incidente sulla libertà personale, vedasi sentenza n. 2/1956.

⁴⁹⁹ La Corte, nel percorso segnato dalla sentenza 105/2001, ha, in particolare, dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina della convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 13, comma 5 *bis* T.U. I.M.M.), poi modificata dalla legge n. 271 del 2004, “*nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa. Ed infatti, il provvedimento di accompagnamento alla frontiera viene eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria, con la conseguenza che lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale, vanificando in tal modo sia la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore, sia il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile, vale a dire il diritto di essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore*”. La Corte costituzionale è intervenuta

pronunciamento è significativo, fra le altre cose, perché indica una sorta di *standard* minimo di garanzie che deve caratterizzare l'intervento giurisdizionale in tema di *habeas corpus*, *standard* che deve salvaguardare l'effettività dell'intervento del giudice e le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa⁵⁰⁰. Secondo la Corte, in particolare, il diritto inviolabile della libertà personale costituisce una garanzia non flessibilizzabile, non piegabile in termini irragionevoli alla logica del controllo dei flussi migratori⁵⁰¹.

Ancora con riferimento al diritto di difesa, la Corte - nella sentenza n. 198 del 2000 - ne ha espressamente affermato la natura di diritto inviolabile, anche richiamando importanti convenzioni sovranazionali, fra cui il Patto

sulle più gravi violazioni dei diritti fondamentali, in particolare con l'appena citata sentenza n. 222/2004 e con la sentenza n. 223 del 2004 sulla disciplina dell'accompagnamento nei casi di inottemperanza all'ordine del questore, In particolare, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5 *quinquies*, del decreto legislativo n. 286 del 1998, nella parte in cui stabilisce che per il reato previsto dal comma 5 *ter* del medesimo art. 14 è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto. Secondo la Corte "la misura 'precautelare' dell'arresto dello straniero colto nella flagranza della contravvenzione di cui all'art. 14, comma 5-*ter*', del decreto legislativo n. 286 del 1998, per essersi trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro il termine di cinque giorni, non essendo da un lato finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo - né potendo esserlo data la natura contravvenzionale del reato per la quale essa è prevista -, né costituendo, dall'altro lato, un presupposto del procedimento amministrativo di espulsione - atteso che l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento in un centro di permanenza temporanea sono autonomamente previsti nei commi 5-*ter*' e 5-*quinquies*' dell'art. 14 a prescindere dal previo arresto dello straniero - si risolve in una limitazione 'provvisoria' della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi, sotto questo aspetto, manifestamente irragionevole". Come già osservato precedentemente, la sentenza conteneva uno specifico invito al legislatore di intervenire conformemente in materia: quello stesso legislatore, per tutta risposta, è intervenuto con la legge n. 271/2004 in senso esattamente contrario ai dettami dei giudici della Consulta modificando da contravvenzione a delitto l'illegale rientro e ingiustificato trattenimento nel territorio dello stato.

⁵⁰⁰ Così si legge, infatti, nella sentenza *de qua*: "il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale. È, quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore. E insieme alla libertà personale è violato il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile. La disposizione censurata non prevede, infatti, che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore. Non è certo in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia-convalida del giudice. Vengono qui, d'altronde, in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati. Tuttavia, quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale; non può, quindi, essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento di libertà, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva".

⁵⁰¹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 243-244.

internazionale sui diritti civili e politici (art. 13) e il Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art.1)⁵⁰².

Venendo, invece, alle pronunce riconducibili al secondo dei filoni giurisprudenziali sopra individuati, come detto, trattasi di pronunciamenti nell'ambito dei quali la Corte non fa riferimento alcuno al canone di ragionevolezza.

Viene, in particolare, in considerazione, fra le altre, la sentenza n. 34 del 1995 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 bis della legge Martelli che puniva lo straniero che *“non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente”*. In tal caso, la Corte si limita a rilevare che la disciplina oggetto di scrutinio non è rispettosa del principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale consacrato nell'art. 25 Cost., facendo discendere dall'indeterminatezza della previsione normativa la denunciata violazione del diritto di difesa⁵⁰³.

⁵⁰² La Corte era intervenuta, in questo caso, sull'art. 13 T.U. I.M.M., che disciplina la traduzione del decreto di espulsione e degli altri provvedimenti, sottolineando la preordinazione della traduzione stessa allo scopo di assicurare l'effettiva conoscibilità del provvedimento, presupposto essenziale del diritto di difesa di cui gode anche lo straniero irregolarmente soggiornante sul territorio dello Stato. Si legge nella sentenza in commento: *“Anche allo straniero deve essere riconosciuto, a prescindere dalla legittimità o meno del suo soggiorno nel territorio dello Stato, il pieno esercizio del diritto di difesa (sancito dall'art. 24 della Costituzione e tutelato altresì sia dall'art. 13 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, stipulato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881 sia dall'art. 1 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98). Tale riconoscimento presuppone che qualsiasi atto proveniente dalla pubblica amministrazione, diretto ad influire nella sfera giuridica dello straniero, sia concretamente conoscibile da questi. Ne consegue che, con specifico riferimento al decreto di espulsione, questo deve essere redatto anche nella lingua del destinatario ovvero, se non sia possibile, in una di quelle lingue che - per essere le più diffuse - si possano ritenere probabilmente più accessibili al destinatario”*.

⁵⁰³ Così si legge nella sentenza: *“L'art. 7 bis, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, [...] nella parte in cui punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione “che non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente”, è in contrasto con il principio di determinatezza del precetto penale. Non risulta infatti in alcun modo possibile stabilire - data la generica indicazione della fattispecie incriminatrice - nel comportamento dello straniero espulso che “non si adopera per ottenere”, il grado dell'inerzia punibile, e tanto meno il tempo entro il quale la condotta doverosa ipotizzata dal legislatore debba essere compiuta. Né, per superare l'indeterminatezza della previsione possono soccorrere il riferimento all'uso*

Nel solco tracciato s’inseriscono, inoltre, la sentenza n. 54 del 1979, che ha riconosciuto l’inviolabilità del diritto alla vita, protetto in sede penale dall’art. 27, quarto comma Cost.⁵⁰⁴, e sul terreno del principio rieducativo, la sentenza n. 78 del 2007, che ha dichiarato l’illegittimità delle norme dell’ordinamento penitenziario sulle misure alternative alla detenzione ove interpretate nel senso di escluderne l’applicabilità allo straniero non comunitario entrato illegalmente o privo del permesso di soggiorno⁵⁰⁵.

Ha fatto, poi, seguito la sentenza n. 249 del 2010, ove la Corte, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della “clandestinità” ha richiamato, per ciò che qui interessa, il principio di offensività, evidenziando, in particolare, il “*contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali*”⁵⁰⁶.

del verbo "adoperarsi" nella legislazione penale vigente - dato che nelle sue più note esplicazioni, esso risulta impiegato in positivo per indicare comportamenti commissivi ma non, come nella specie, omissivi - o la valorizzazione dell'elemento finalistico ("per ottenere il rilascio del documento") giacché la natura omissiva del reato non consente di prestabilire una relazione causale tra condotta e finalità. D'altra parte dalla indeterminazione della previsione normativa discende anche la denunciata violazione del diritto di difesa, perché, da un lato, trattandosi di una condotta omissiva, il soggetto è esposto alla possibilità della contestazione per il solo fatto di essere destinatario di un provvedimento di espulsione, e, dall'altro, viene addossato al soggetto stesso l'onere di fornire nel processo la prova di "essersi adoperato" per ottenere il documento di viaggio senza neppure essere in grado di stabilire in che cosa tale prova consista. La suindicata norma deve essere perciò dichiarata illegittima, "in parte qua", per violazione degli artt. 25, secondo comma, e 24, secondo comma, Cost.”.

⁵⁰⁴ Secondo la Corte, “*Il testuale riferimento dell’art. 3, primo comma, Cost. ai soli cittadini non esclude che l’egualianza avanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri là dove, come nel caso di specie, si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell’uomo quale è il diritto alla vita specificatamente protetto in sede penale dall’art. 27, quarto comma, Cost.*”.

⁵⁰⁵ Secondo la Corte, l’interpretazione contraria si risolverebbe “*nella radicale esclusione delle misure alternative alla detenzione di un’intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato*” collegando, in maniera automatica, la preclusione alla concessione delle misure alternative alla detenzione al mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato. Ciò, secondo la Corte, si pone in contrasto con la finalità rieducativa della pena di cui all’art. 27 Cost. e ciò in quanto il mancato possesso di titolo abilitativo alla permanenza nello Stato di per sé non è univocamente sintomatico né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura.

⁵⁰⁶ Tale sentenza – che, come già ricordato, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della c.d. aggravante della “clandestinità” – verrà più attentamente analizzata nei paragrafi che seguono. Il reato di clandestinità e la detta aggravante richiedono, infatti, una trattazione congiunta per le ragioni politico criminali che stanno sullo sfondo, ma soprattutto per l’identità di situazione di fatto su cui sono costruite, la “clandestinità” appunto. Le affinità,

Da ultimo, si segnala la sentenza n. 359/2010, nell'ambito della quale la Corte ha ritenuto incostituzionale il reato di cui all'art. 14, comma 5 *quater*, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ovvero la condotta dello straniero che, destinatario di un provvedimento di espulsione, continuasse a permanere dello Stato, “*nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-ter, sia punita nel solo caso che abbia luogo senza “giustificato motivo”*”⁵⁰⁷.

È stato osservato come la sentenza n. 359/2010 formi, con le sentenze n. 249/2010 e 250/2010, un problematico “*trittico*” di decisioni di notevole rilievo in tema di immigrazione irregolare. Secondo taluno, l'atteggiamento complessivo della Corte parrebbe essere informato - in sostanza - ad una sorta di “*accondiscendenza*” rispetto al c.d. reato di clandestinità, a fronte di un approccio assai più severo verso le altre due ipotesi⁵⁰⁸.

Sul punto si tornerà a breve.

1.3 La politica dell'immigrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Una considerazione a parte merita, come s'è detto, l'orientamento della Corte costituzionale circa le scelte legislative in materia di politica dell'immigrazione.

È sul piano dell'art. 16 Cost., vale a dire del diritto di entrare, restare e stabilirsi

tuttavia, non sono state tali da giustificare, come si vedrà nel prosieguo, lo stesso esito nei giudizi di legittimità costituzionale che le hanno riguardate. Sul punto, M. LA ROSA, “*Clandestinità e profili d'illegittimità costituzionale: Corte Cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte Cost. 8 luglio 2010 n. 250*”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1407.

⁵⁰⁷ Il pronunciamento è, in questa sede, significativo in quanto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 250/2010, avente ad oggetto il c.d. reato di clandestinità, aveva, in realtà, rilevato come la clausola del “*giustificato motivo*” non fosse indispensabile per assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione, in quanto troverebbero in ogni caso applicazione le scriminanti di ordine generale e, rispetto ai reati omissivi impropri, il principio generale per cui l'impossibilità, materiale o giuridica, del compimento di un'azione richiesta esclude che si possa configurare il reato, non solo dal punto di vista della colpevolezza, ma anche da quello della stessa tipicità del fatto. In quell'occasione, pertanto, la Corte, contrariamente a quanto avvenuto nella sentenza n. 359/2010, non aveva ritenuto irragionevole, e quindi in contrasto con il principio di eguaglianza, la previsione di cui al comma 10 *bis*, laddove non prevedeva la clausola in questione. Sul punto si ritornerà nei paragrafi che seguono.

⁵⁰⁸ A. PORRO, A. RACCA, *L'espulsione dello straniero irregolare fra “giustificato motivo” e “direttiva rimpatri”*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, pp. 2255 e ss.

sul territorio dello Stato che il giudice delle leggi ha sempre mantenuto un atteggiamento restrittivo, di tal guisa legittimando - in qualche modo - le decisioni legislative limitative di tale diritto nei confronti dello straniero. E ciò in quanto tale politica chiama direttamente in causa il bilanciamento dello *ius migrandi* con le istanze di ordine pubblico e sicurezza⁵⁰⁹. Su tale crinale il giudice delle leggi ha, in linea di massima, privilegiato queste ultime, ravvisando la fondatezza delle motivazioni poste a fondamento delle scelte (restrittive) del legislatore⁵¹⁰.

Ed infatti, secondo la Corte “*la regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione*”. E la ponderazione di tali interessi, secondo la Corte, spetta al legislatore, che possiede in materia un’ampia discrezionalità⁵¹¹.

Ciò che emerge dalla giurisprudenza in tale campo è il riferimento ad alcuni formanti storici dell’ordinamento costituzionale: la sovranità, il popolo ed il territorio. È, infatti, costante - nella giurisprudenza avente ad oggetto le politiche dell’immigrazione - il richiamo della Corte alla discrezionalità delle scelte legislative in quanto direttamente espressive della sovranità statale e, dunque, alle esigenze insopprimibili di controllo dello Stato sul proprio territorio e sulle frontiere⁵¹².

La Corte costituzionale è stata più e più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni relative al T.U. sull’immigrazione e, solo in pochi, seppur assai rilevanti, casi ha pronunciato un dispositivo di

⁵⁰⁹ Fra le altre, si segnala la sentenza n. 62/1994, con la quale la Corte ha ribadito i principi già precedentemente enunciati nelle sentenze n. 144/1970 e n. 104/1969, nel senso di un’ampia discrezionalità del legislatore in siffatta materia.

⁵¹⁰ O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 274-275.

⁵¹¹ Cfr. sentenza n. 148/2008, sentenza n. 206/2006 e ordinanza n. 361/2007.

⁵¹² O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 294.

accoglimento⁵¹³.

A parte tali eccezioni, la linea di tendenza è pertanto nel senso di un *self restraint* a garanzia della discrezionalità del legislatore: a differenza di quanto rilevato nei paragrafi precedenti, nelle sentenze facenti parte di tale filone, la Corte ha ritenuto non illegittimo fondare la disparità di trattamento sulla cittadinanza, e l'accoglimento della questione è stato reputato possibile solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrio manifesto⁵¹⁴. E ciò sulla base dell'assunto secondo il quale la decisione sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero sarebbe, in ultima analisi, ascrivibile al nucleo duro della sovranità dello Stato, che si traduce nel potere di controllare il territorio e presidiare le frontiere.

Le sentenze che fanno eccezione a tale *trend* sono, finora, pochissime e, in parte, sono già state richiamate: quella con cui la Corte ha dichiarato illegittima l'aggravante della clandestinità⁵¹⁵; quella con cui la Corte ha ritenuto incostituzionale il reato dello straniero che, destinatario di un provvedimento di espulsione, continuasse a permanere nello Stato, senza tenere conto di eventuali giustificati motivi come cause escludenti il reato stesso⁵¹⁶; quella con cui la Corte ha ritenuto incostituzionale l'art. 116 c.c. così come modificato a seguito della l. 94/2009, nella parte in cui subordinava le pubblicazioni matrimoniali alla regolarità del soggiorno⁵¹⁷; quella con cui la Corte ha ritenuto non conforme a ragionevolezza il divieto di regolarizzazione di lavoratori extracomunitari, condannati anche in via non definitiva per reati con arresti in flagranza, prestanti assistenza a persone non autosufficienti⁵¹⁸; da ultimo,

⁵¹³ F. BAILO, *L'aggravante e il reato di clandestinità: illegittimità "tout court" per la prima e rigetto con motivazione "a due tempi" per il secondo, con qualche apertura ad altri profili d'incostituzionalità*, in *Consulta online*, 2011, pp. 24 e ss.

⁵¹⁴ R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in www.costituzionalismo.it, 2013, pp. 23 e ss.

⁵¹⁵ Cfr. sentenza n. 249/2010.

⁵¹⁶ Cfr. sentenza n. 359/2010.

⁵¹⁷ Cfr. sentenza n. 245/2011.

⁵¹⁸ Cfr. sentenza n. 172/2012. In tale pronunciamento, la Corte ha ritenuto illegittimo il "nesso automatico" tra sentenza non definitiva di condanna e diniego di regolarizzazione in quanto implicante una presunzione di pericolosità del soggetto non prevista dall'art. 381 c.p.p. ed in quanto lesivo degli interessi costituzionalmente rilevanti delle persone che da tale lavoro

quella in cui la Corte ha ritenuto illegittimo l'art. 5, comma 5, T.U. I.M.M., nella parte in cui prevede un'eccezione alla regola dell'automatismo espulsivo a favore di coloro che abbiano ottenuto un formale provvedimento di ricongiungimento familiare e non, invece, a favore di chi si trovi nella sostanza in analoghe condizioni in quanto risiede regolarmente in Italia con una famiglia⁵¹⁹.

Tanto detto, prima di passare all'analisi più dettagliata di quello che è stato definito un problematico trittico di decisioni⁵²⁰ (le sentenze n. 249/2010, n. 359/2010 e, da ultimo, n. 250/2010) si ritiene opportuno ricordare, nuovamente, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 22/2007: *“il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”*. Il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nello Stato, prosegue la sentenza, è *“un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di sicurezza*

traggono beneficio. Si tratta, com'è stato osservato, di una sentenza importante poiché per la prima volta la Corte ha rilevato un *“cattivo uso”* della discrezionalità da parte del legislatore in tema di disciplina del soggiorno/espulsione dello straniero. Sul punto, C. CORSI, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, pp. 51 e ss.

⁵¹⁹ Cfr. sentenza n. 202/2013. In tale sentenza la Corte, pur ribadendo la non illegittimità in linea di principio dei meccanismi di *“automatismo espulsivo”*, ha affermato che la *“discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino”*. Significativo, anche in questo caso, il richiamo alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale *“quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico”*, con conseguente necessità di valutare una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso (fra tutte, vedasi pronuncia 7 aprile 2009, *Cherif* e altri c. Italia).

⁵²⁰ L'espressione, come detto, è di A. PORRO, A. RACCA, *L'espulsione dello straniero irregolare fra “giustificato motivo” e “direttiva rimpatri”*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, pp. 2255 e ss.

pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione”.

La Corte, pur non addivenendo ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto di scrutinio, si è premurata di denunciare come la politica criminale inaugurata e portata avanti dal legislatore italiano si mostrasse squilibrata, sproporzionata, disarmonica e problematica rispetto ai principi costituzionali di uguaglianza, proporzionalità e finalità rieducativa della pena, rilevando “*l’opportunità di un sollecito intervento del legislatore volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie della disciplina*”⁵²¹.

Ebbene, la Corte Costituzionale, che come si è visto aveva sempre mantenuto, nel controllo di costituzionalità della disciplina dell’immigrazione, un rigido atteggiamento di *self-restraint*, nella sentenza appena passata in rassegna mostra, comunque, un notevole coraggio istituzionale. V’è da chiedersi, a questo punto, se tale atteggiamento sia stato mantenuto e, quindi, se la successiva giurisprudenza (sull’aggravante di clandestinità e sul reato di clandestinità) si collochi in posizione di continuità con la sentenza n. 22/2007 ovvero esprima, nuovamente, un *self-restraint* della Corte.

A tale quesito si risponderà nei paragrafi che seguono.

2. La doppia “percezione” della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Così ricostruita la giurisprudenza della Corte costituzionale, si rende ora possibile concentrare l’attenzione sulla compatibilità costituzionale della circostanza aggravante c.d. di clandestinità di cui all’art. 61, n. 11 *bis* c.p. e del reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio dello Stato di cui all’art. 10 *bis* T.U. I.M.M. (nonché, come si è detto, dell’art. 14, comma 5 *quater* T.U. I.M.M., anch’esso portato all’attenzione della Corte costituzionale).

Com’è stato osservato, le prime analisi critiche, sia al d.l. 23 maggio 2008, n. 92

⁵²¹ Così, nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 14, comma 5 *ter*, d. lgs. 286/1998, Corte cost. 22 gennaio 2007, n. 22

(primo “*pacchetto sicurezza*”) sia al testo della riforma di cui alla legge n. 94 del 2009 (secondo “*pacchetto sicurezza*”) si sono rivelate fondate profezie⁵²².

Le pronunce del Giudice delle leggi erano attese e se l’esito appariva scontato rispetto alla circostanza aggravante, più articolate, come si vedrà a breve, erano le considerazioni che interessavano la contravvenzione⁵²³.

Le due fattispecie, una circostanziata, l’altra autonoma, richiedono come già ricordato, una trattazione congiunta per le ragioni politico criminali che stanno sullo sfondo e per l’identità di situazione di fatto su cui sono costruite: la clandestinità, appunto. Le affinità, tuttavia, non sono state tali da giustificare, come si vedrà nel prosieguo, lo stesso esito nei giudizi di legittimità costituzionale che le hanno riguardate⁵²⁴.

All’udienza del 9 giugno 2010 la Corte costituzionale è stata, invero, chiamata a vagliare la legittimità delle due maggiori novità in materia di contrasto penale all’immigrazione irregolare introdotte dai c.c.d.d. pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009. Il compito cui i giudici delle leggi erano chiamati non era affatto agevole, soprattutto se si considera che l’introduzione delle due norme era stata oltre modo enfatizzata dalla maggioranza che le aveva approvate e che ne aveva fatto mediaticamente i due caposaldi della strategia di contrasto all’immigrazione illegale⁵²⁵.

Fra l’altro, i precedenti specifici in materia di immigrazione e diritto penale, come si è visto sopra, erano tutt’altro che incoraggianti⁵²⁶. Anzi, alla luce di tali

⁵²² P.L. DI BARI, *La difficile tenuta costituzionale del nuovo reato di c.d. clandestinità alla prova della giurisprudenza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, pp.116 e ss.

⁵²³ M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d’autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 147.

⁵²⁴ M. LA ROSA, “*Clandestinità*” e *profili d’illegittimità costituzionale: Corte Cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte Cost. 8 luglio 2010 n. 250*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1407.

⁵²⁵ Com’è stato osservato, sancire l’illegittimità costituzionale di tali disposizioni avrebbe significato una completa ed inequivocabile bocciatura dell’azione del Parlamento in una delle materie più sensibili e delicate nel dibattito politico di quel periodo. Così, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1373 e ss.

⁵²⁶ Fra gli altri, si pensi alla già più volte citata dichiarazione d’incostituzionalità della contravvenzione di inottemperanza all’ordine di allontanamento di cui all’art. 14, comma 5 *quater* T.U. I.M.M., laddove la Corte non aveva mancato di mettere in luce tutta l’irrazionalità della previsione di una privazione della libertà personale in sede precautelare per un reato per

precedenti, era assai improbabile - secondo taluno - che la Corte decidesse di eliminare dal sistema entrambe le norme-simbolo delle ultime riforme in tema di sicurezza⁵²⁷. Vieppiù se si considera che, solo qualche mese prima, quella stessa Corte era stata accusata di “*fare politica*” in relazione a vicende peraltro di tutt'altra natura⁵²⁸.

L'esito del giudizio, alla luce del contesto politico di riferimento, è stato coerente con esigenze di prudenza istituzionale, volte ad evitare di porre – ancora una volta – la Corte al centro di polemiche politiche⁵²⁹.

2.1 La (in)compatibilità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità

La c.d. aggravante della clandestinità ha rappresentato la disposizione

il quale non poteva venire comunque disposta alcuna misura cautelare vera e propria ed aveva caldamente invitato il legislatore ad un complessivo ripensamento dell'utilizzo del diritto penale in materia di immigrazione. La reazione del Governo fu in quell'occasione rapidissima: il Governo, per tutta risposta, varò un decreto legge che al contrario trasformava l'inottemperanza dell'ordine di allontanamento da contravvenzione a delitto punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni, così consentendo la conversione dell'arresto nella custodia cautelare. Non è, da questo punto di vista, peregrino pensare che la modifica normativa fosse stata, in realtà, pensata come risposta all'ingerenza della Corte nelle prerogative del potere legislativo in materia di politica criminale. Da allora in poi, il novellato art. 14, comma 5 *quater* è stato più volte sottoposto al vaglio della Corte che, tuttavia, ha sempre respinto le eccezioni proposte, riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità in ordine alle scelte d'incriminazione. Per un'analisi ampia di queste vicende, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1373 e ss.

⁵²⁷ Il rischio paventato era, infatti, quello di esporsi ad attacchi da parte dell'allora maggioranza che, con ogni probabilità, avrebbe avuto gioco facile nell'imputare a giudici politicizzati l'impossibilità di attuare un'opera efficace di contrasto ad un fenomeno, l'immigrazione clandestina, che nell'opinione pubblica era ormai divenuto sinonimo di criminalità e di degrado. Si è già avuto modo di analizzare, nel capitolo secondo, come la centralità della “*questione sicurezza*” nelle campagne elettorali comporti quasi in maniera necessitata, un'enfaticizzazione del problema e come, spesso, le stesse istituzioni politiche, deputate alla repressione della criminalità, trasmettano invece immagini offuscate della realtà. E così è stato anche per ciò che concerne l'immigrazione, da un lato, additata come un pericolo per la collettività, dall'altro, sempre più spesso associata, anche nei documenti ufficiali delle burocrazie europee, a fenomeni di criminalità, di guisa che la presenza di stranieri “*irregolari*”, “*illegali*”, o “*clandestini*” è diventata progressivamente l'oggetto di politiche e pratiche bellicose, ovvero di una lotta che viene apertamente dichiarata.

⁵²⁸ Si allude, in questo caso, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del c.d. lodo Alfano, a seguito della quale era stata, addirittura, caldeggiata la possibilità di una completa riforma della struttura e della composizione della Corte costituzionale.

⁵²⁹ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1375.

certamente più discussa e controversa del primo “*pacchetto sicurezza*”⁵³⁰. Basti rilevare come, secondo taluno, fosse addirittura una banalizzazione del discorso condurre un’analisi della detta aggravante sulla falsariga del diritto penale d’autore o del diritto penale del nemico⁵³¹.

La detta circostanza aggravante (comune), così come costruita, importava infatti un aumento di pena fino ad un terzo nel caso in cui il colpevole avesse commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale, trovando, pertanto, applicazione a prescindere dall’accertata pericolosità del soggetto e, anzi, introducendo una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità fondata sulla mera presenza nel territorio dello Stato in violazione della disciplina amministrativa ex art. 1 T.U. I.M.M.⁵³².

Ecco allora che la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare numerose censure di incostituzionalità, incentrate essenzialmente sulla violazione dei principi di uguaglianza⁵³³ e di ragionevolezza (art. 3 Cost.)⁵³⁴, dei principi di

⁵³⁰ Il relativo comma (“11-bis. *L’aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*”) è stato, in particolare, aggiunto dall’art. 1, comma 1, lett. f) del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni, nella L. 24 luglio 2008, n. 125.

⁵³¹ In tal senso, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 128. Secondo l’A., “*che si tratti di una norma illiberale è fuori discussione, sol che si pensi che si aggrava la responsabilità penale per il mero fatto di “essere” clandestino, non perché si esiga che la clandestinità abbia favorito, agevolato o reso possibile il reato commesso*”.

⁵³² L’originario disegno di legge governativo in materia di pubblica sicurezza prevedeva, in verità, la creazione di un’autonoma figura di reato, punita con la reclusione da uno a quattro anni, per lo straniero che facesse illegalmente ingresso nel nostro Paese. Ma tale proposta aveva trovato la ferma contrarietà non solo dell’opposizione, ma anche della Chiesa cattolica e della magistratura, nonché degli operatori penitenziari. Dinanzi a siffatte aspre critiche, ed al rischio concreto di una situazione carceraria incontrollabile, il Governo ripiegò sulla circostanza aggravante, così da poter comunque veicolare il messaggio di una risposta forte e decisa nei confronti della criminalità straniera, pur avendo deciso, almeno per il momento, di non introdurre il reato di clandestinità. Per una disamina più approfondita di tali dinamiche, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1375-1376.

⁵³³ I profili di illegittimità sollevati dai giudici *a quibus* con riferimento all’art. 3 Cost. riguardavano la parificazione indiscriminata tra situazioni fortemente eterogenee riguardanti gli stranieri irregolari, in quanto soggetti responsabili di una mera infrazione amministrativa e soggetti che avessero già commesso reati in precedenza (art. 99 c.p.) o fossero già stati individuati come pericolosi mediante un provvedimento giurisdizionale (art. 61, n. 6 c.p.).

⁵³⁴ Al riguardo, le censure riguardavano: a) l’intrinseca irragionevolezza di una presunzione di maggiore pericolosità del c.d. clandestino, collegata alla mera carenza di un titolo abilitativo al soggiorno nello Stato, senza alcuna distinzione tra le varie possibili violazioni della normativa in materia di immigrazione (parificando, ad esempio, coloro per i quali fosse semplicemente

offensività e materialità del fatto (art. 25, co. 1 Cost.)⁵³⁵, di personalità della responsabilità penale (art. 27, co.1 Cost.)⁵³⁶, e del principio secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione (art. 27, co.3 Cost.)⁵³⁷.

Ebbene, dopo un'interlocutoria restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius*

scaduto il termine del permesso e coloro che non avessero ottemperato ad un decreto di espulsione), e senza concedere alcuna rilevanza all'ipotesi di permanenza per "*giustificato motivo*", che fra l'altro può scriminare comportamenti di rilevanza criminosa diretta (come il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter* T.U. I.M.M.); b) l'irragionevolezza di un trattamento sanzionatorio più rigoroso in assenza di qualsivoglia necessaria correlazione tra la condizione di irregolare del reo e la gravità del reato commesso; c) l'irragionevolezza del differente trattamento sanzionatorio istituito in presenza di un identico fatto, per gli stranieri irregolari extracomunitari e comunitari. Da tale ultimo punto di vista, secondo il rimettente, la previsione censurata avrebbe implicato un difforme trattamento sanzionatorio per condotte tra loro identiche, con un risultato paradossale nel caso in cui soggetti "*clandestini*" e soggetti legittimati alla permanenza nel territorio dello Stato si fossero resi responsabili, in concorso tra loro, del medesimo fatto di reato. Paradosso ancor più evidente a seguito dell'intervento di interpretazione autentica, col pacchetto sicurezza del 2009, che ha escluso i cittadini comunitari dall'alveo applicativo della norma censurata, anche qualora si trovassero in condizione di soggiorno irregolare, con la conseguenza che un'identica condotta materiale, tenuta da soggetti tutti irregolarmente immigrati, sarebbe stata trattata diversamente sul solo presupposto della cittadinanza degli stranieri interessati.

⁵³⁵ In base a tale censura, l'introduzione dell'aggravante sarebbe stata espressione di un diritto penale d'autore, alla stregua del quale l'aumento di pena era da collegare non già alla (maggiore) gravità del fatto o alla (maggiore) pericolosità oggettiva della condotta, bensì esclusivamente alla condizione personale dell'autore, non essendo richiesta, per l'applicazione dell'aggravante, alcuna verifica di connessione tra la condizione soggettiva dell'interessato e la condotta penalmente sanzionata.

⁵³⁶ Da questo punto di vista, il *surplus* di pena legato al mero *status* dell'autore, e non alla maggior gravità del fatto, avrebbe minato il rapporto di proporzionalità tra la pena inflitta ed il grado della responsabilità, operando un trasferimento della logica punitiva dal piano della colpevolezza a quello del "*tipo d'autore*".

⁵³⁷ Un aumento di pena non legato alla maggior gravità del fatto, bensì al mero *status* dell'autore, avrebbe privato, secondo i rimettenti, la corrispondente porzione della pena della necessaria finalizzazione rieducativa, non potendo il condannato percepirla come strumento utile al suo reinserimento nella società, ma solo come una punizione eccedente il grado della propria responsabilità. La violazione della finalità rieducativa emergerebbe, secondo il remittente, anche in via mediata, per il tramite del rinnovato art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., ove è stato stabilito che non potesse essere sospesa, nel caso applicazione dell'aggravante censurata, l'esecuzione delle pene detentive brevi. Una regola siffatta contrasterebbe, fra le altre cose, con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 78/2007, secondo le quali la mera condizione di soggiornante irregolare non può legittimare, in danno dello straniero, presunzioni tali da escluderlo dall'accesso ai benefici penitenziari. In quell'occasione la Corte evidenziò, lo si rammenta, come il mancato possesso di titolo abilitativo alla permanenza nello Stato di per sé non fosse univocamente sintomatico né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisse la proficua applicazione della misura (alternativa alla detenzione, in quell'occasione).

*superveniens*⁵³⁸, la Corte costituzionale ha accolto le censure di illegittimità dichiarando l'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità.

Interessante, in questa sede, ripercorrere l'*iter* argomentativo svolto dalla Corte ai fini della dichiarazione d'illegittimità costituzionale⁵³⁹.

Il primo problema da risolvere era quello di valutare se fosse o meno ragionevole, o se piuttosto costituisse una fattispecie di discriminazione, la previsione di un'aggravante *ad hoc* per gli immigrati stranieri che si trovassero nella condizione di persone illegalmente presenti sul territorio nazionale. Bisognava, in altre parole, valutare se fosse giustificata, o giustificabile, l'applicazione di una maggior pena per gli autori "*clandestini*" per il sol fatto di essere tali⁵⁴⁰, a partire dal principio di uguaglianza-ragionevolezza, in virtù del quale - come si è visto - una diversità di trattamento è legittima solo se fondata su elementi che rendano tale differenziazione, appunto, ragionevole⁵⁴¹.

La Corte prende l'avvio richiamando la sua precedente giurisprudenza in base alla quale i diritti inviolabili spettano "*ai singoli non in quanto partecipi di una*

⁵³⁸ La Corte, con l'ordinanza n. 277/2009, aveva infatti restituito gli atti al giudice *a quo*, affinché procedesse ad una nuova valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione sollevata, in seguito all'introduzione del reato di clandestinità ed alla norma di interpretazione autentica che escludeva i cittadini comunitari dall'ambito di applicazione della circostanza aggravante. Il giudice *a quo* era stato, in particolare, richiesto di valutare l'attualità delle proprie censure alla luce del fatto che le condotte poste a fondamento della fattispecie aggravante costituivano, ormai, l'oggetto di un'autonoma incriminazione, e non di un mero illecito amministrativo. Si consideri, infatti, che quando l'idea di una penalizzazione *tout court* della clandestinità riprende vigore e, col secondo "*pacchetto sicurezza*", viene introdotto l'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., nonostante fossero venute meno le ragioni che avevano portato all'introduzione dell'aggravante, la stessa non viene abrogata, con la conseguenza che l'irregolarità del soggiorno diviene insieme circostanza aggravante ed autonoma fattispecie. Il quadro che si delineava era, allora, quello di un'evidente duplicazione del rilievo attribuito in ambito penale alla medesima situazione di fatto.

⁵³⁹ Verrà, in realtà, focalizzata l'attenzione sulle parti del pronunciamento ritenute in questa sede necessarie ai fini della comparazione con la successiva sentenza n. 250/2010 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa al c.d. reato di clandestinità, oggetto dei successivi paragrafi.

⁵⁴⁰ P. PALERMO, *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Rivista penale*, 2010, p. 816.

⁵⁴¹ Si è già avuto modo di focalizzare l'attenzione sul principio di uguaglianza-ragionevolezza, in più occasioni interpretato dalla Corte come divieto di introdurre discriminazioni illegittime e con la conseguente necessità di fornire logiche giustificazioni della diversità della disciplina. Diformità di trattamento sono, in particolare, ammesse nella misura in cui i provvedimenti adottati dal legislatore rispecchino la facoltà di equilibrare le garanzie costituzionali inerenti i diritti fondamentali con altre necessità di pari rango.

*determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*⁵⁴². Da qui la conseguenza che la condizione giuridica dello straniero non deve essere “*considerata - per quanto riguarda la tutela di tali diritti - come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell’ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato*”. Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili, prosegue la Corte, implica “*l’illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, introducendo così una responsabilità penale d’autore in aperta violazione del principio di offensività*”. E, in ogni caso, “*ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall’assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni dei poteri costituiti se non in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante*”⁵⁴³.

Interessante notare come l’affermazione di una irriducibilità dei diritti umani assuma particolare pregnanza, nella sentenza in commento, in quanto collegata al principio di offensività⁵⁴⁴ che, come affermato dalla stessa Corte, implica

⁵⁴² Si tratta della già più volte citata sentenza n. 105/2001.

⁵⁴³ Ciò, secondo la Corte, porta alla conseguenza che “*la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell’art. 3 Cost., l’accertamento della sua non manifesta irragionevolezza*”. E, considerato che le “*condizioni personali e sociali*” fanno parte dei parametri esplicitamente previsti dall’art. 3 Cost., si rende necessario, anzi indispensabile, “*uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all’assoluta irrilevanza delle qualità elencate nella norma costituzionale ai fini della diversificazione di discipline*”. Non è sufficiente, dunque, dimostrare la non manifesta irragionevolezza della norma, ma occorre applicare un metro di giudizio più intenso e penetrante per saggiarne la conformità a Costituzione. A tale riguardo, la Corte richiama la sua precedente giurisprudenza nell’ambito della quale sono state dichiarate illegittime norme che avevano costruito una fattispecie incriminatrice su presunzioni assolute di pericolosità, con ciò creando discriminazioni irragionevoli. Si tratta, in particolare: della dichiarazione di illegittimità costituzionale della previsione che puniva l’ubriachezza (art. 688 c.p.) solo per coloro che avessero già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità individuale (sentenza n. 354/2002); della dichiarazione di illegittimità costituzionale della previsione che puniva il possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.) che, di fatto, sanciva una discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio, in assenza di una corrispondenza effettiva ed attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell’incriminazione (sentenza n. 370/1996).

⁵⁴⁴ Sull’offensività come canone di controllo delle opzioni legislative in materia penale, si focalizzerà l’attenzione nuovamente, nei paragrafi che seguono.

l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti coinvolti, sintomatici di una responsabilità penale d'autore⁵⁴⁵.

Così individuati i parametri del sindacato di costituzionalità - diritti umani (art. 2 Cost.), eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), offensività (art. 25, comma 2 Cost.) – e posta la premessa per cui l'aggravante è da reputarsi legittima solo qualora si individuino delle ragioni che giustifichino positivamente la differenziazione del trattamento sanzionatorio⁵⁴⁶, la Corte, innanzitutto, esclude che la *ratio* dell'aggravante censurata possa essere ricondotta alla logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati, considerato, inoltre, che non potrebbe essere ritenuta ragionevole o sufficiente la finalità di contrastare l'immigrazione illegale “*giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari*”⁵⁴⁷. E ciò vale, a maiori, a seguito dell'intervenuta modifica, ad opera della legge n. 94/2009, dell'art. 1 T.U. I.M.M. che ha escluso l'applicabilità dell'aggravante censurata ai cittadini appartenenti all'Unione Europea⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Si è già avuto modo, nella presente riflessione, di focalizzare l'attenzione sul c.d. diritto penale d'autore, qui inteso come “*un diritto penale dove la ragion d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma nel tipo d'autore, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto “antigiuridico”, oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione del fatto, ma perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile*”. Sul punto, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 119.

⁵⁴⁶ A tale riguardo, si rende, in particolare, necessario individuare l'interesse pubblico di rango costituzionale da bilanciare con quello che si intende limitare e constatare l'ineludibilità della limitazione del diritto fondamentale rispetto alla necessità di soddisfare il primo. Sul punto, G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, pp. 129 e ss.

⁵⁴⁷ In altre parole, la compressione dei diritti umani, nella specie la limitazione della libertà personale connessa all'aggravamento di pena, non apparirebbe, secondo la Corte, giustificata da una maggiore carica offensiva della situazione di fatto, rispondendo al contrario ad una logica discriminatoria basata sulla mancanza della cittadinanza (italiana prima, comunitaria a seguito della modifica intervenuta col secondo pacchetto sicurezza) dell'autore e sulla relativa presunzione di pericolosità. Sul punto, 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, pp. 81 e ss.

⁵⁴⁸ La Corte richiama, a tale proposito, le ipotesi di soggiorno irregolare del cittadino comunitario come, ad esempio, il caso dell'inottemperanza ad un provvedimento di

La “*natura discriminatoria dell’aggravante*” è, ad avviso della Corte, ancora più evidente a seguito dell’introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare e ciò in ragione del fatto che l’illegittimità del soggiorno viene in rilievo in una duplice prospettiva, ponendo le premesse “*per possibili duplicazioni o moltiplicazioni sanzionatorie, tutte originate dalla qualità acquisita con un’unica violazione delle leggi sull’immigrazione, ormai oggetto di autonoma penalizzazione, e tuttavia priva di qualsivoglia collegamento con i precetti penali in ipotesi violati dal soggetto interessato*”⁵⁴⁹.

Lo straniero, infatti, si espone ad essere punito, una prima volta in caso di accertamento del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio dello Stato, una seconda volta, o più volte, laddove violi altre disposizioni normative che compromettano beni - anche molto - diversi dal controllo dei flussi migratori⁵⁵⁰.

La Corte, una volta esclusa la possibilità di interpretazioni costituzionalmente orientate dirette a limitare l’applicabilità dell’aggravante⁵⁵¹, focalizza

allontanamento, punita con l’arresto da uno a sei mesi e con l’ammenda da 200 a 2.000 euro (ai sensi dell’art. 21, comma 4, del D.lgs. n. 30/2007 recante “*Attuazione della Direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e del loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*”). Secondo la Corte, risulta chiaro che la particolare disciplina dell’aggravante censurata “*fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell’Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell’inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, vale a dire quanto l’irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di una valutazione da parte della competente autorità di sicurezza, che ha emesso un ordine trasgredito dal soggetto interessato, il quale ha assunto, per tale condotta, una specifica responsabilità penale*”.

⁵⁴⁹ Così, prosegue, la Corte: “*Lo straniero extracomunitario viene punito una prima volta all’atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori. L’irragionevolezza della conseguenza si coglie pienamente ove si consideri 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. Non solo lo straniero in condizioni di soggiorno irregolare, a parità di comportamenti penalmente rilevanti, è punito più gravemente del cittadino italiano o dell’Unione europea, ma lo stesso rimane esposto per tutto il tempo della sua successiva permanenza nel territorio nazionale, e per tutti i reati previsti dalle leggi italiane (tranne quelli aventi ad oggetto condotte illecite strettamente legate all’immigrazione irregolare), ad un trattamento penale più severo*”.

⁵⁵⁰ M. LA ROSA, “*Clandestinità*” e profili d’illegittimità costituzionale: Corte Cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte Cost. 8 luglio 2010 n. 250, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1417.

⁵⁵¹ La Corte si sofferma, in particolare, su due questioni: la prospettata possibilità di utilizzare l’istituto del reato complesso, ai fini dell’esclusione del concorso di reati; la possibilità di

nuovamente l'attenzione sulla *ratio* della stessa, individuandola, in particolare, in *“una presunzione generale ed assoluta di maggior pericolosità dell’immigrato irregolare, che si riflette nel trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere”*.

Ma la Corte si spinge oltre.

Una volta individuata la vera *ratio* dell’aggravante censurata, la stessa evidenza che, pur rientrando la previsione di sanzioni penali per le violazioni delle norme sul controllo dei flussi migratori nell’ambito delle scelte politiche del legislatore - in quanto tali, non censurabili in sede di controllo di legittimità costituzionale - non possono comunque essere introdotte norme che contengano *“automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve essere frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive”*⁵⁵².

È a questo punto che l’argomentazione della Corte assume contorni (quasi) inediti⁵⁵³ e ciò per il rilievo attribuito, nel sindacato di costituzionalità, al principio di offensività che, in base all’art. 25, comma 2, Cost., *“pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali”*⁵⁵⁴. A tale

un’interpretazione restrittiva della disposizione censurata ai soli casi in cui la condotta sia stata agevolata dalla presenza illegale del reo sul territorio nazionale o il reato sia stato commesso per consentire l’ingresso o la permanenza illegale. In entrambi i casi, secondo la Corte, non v’era spazio per interpretazioni restrittive che, fra l’altro, *“contrastano con la portata generale ed indifferenziata della circostanza aggravante prevista”*.

⁵⁵² La Corte aveva già avuto modo di sancire tale principio nell’ambito della già citata sentenza n. 78/2007, ove è stata dichiarata illegittima la norma che precludeva allo straniero irregolare l’accesso alle misure alternative alla detenzione, sul rilievo che la condizione soggettiva del mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato non fosse, di per sé, sintomatica di una particolare pericolosità sociale.

⁵⁵³ 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, p. 86.

⁵⁵⁴ Si è già avuto modo, nell’ambito della presente riflessione, di focalizzare l’attenzione sulla categoria del diritto penale del fatto, contrapposta a quella di diritto penale d’autore. Si ritiene opportuno, in questa sede, richiamare la definizione già offerta altrove: per diritto penale del fatto s’intende *“una regolazione legale, in virtù della quale la punibilità si lega ad un’azione concreta descritta tipicamente [...] e la sanzione rappresenta solo la risposta al fatto individuale, e non a tutta la conduzione della vita dell’autore o ai pericoli che si presume in futuro provengano dallo stesso”*. In altre parole, un diritto penale del fatto, quale emerge dal nostro assetto normativo fondamentale, impone di risalire dagli eventi ai soggetti e non, viceversa, dalla individuazione di possibili

riguardo, secondo la Corte, presumere che lo straniero irregolare - la cui qualifica si assume con l'ingresso in violazione delle disposizioni previste dal testo unico dell'immigrazione, ma che può anche essere dovuta a colposa mancata rinnovazione del titolo abilitativo al soggiorno - sia di per sé più pericoloso del cittadino italiano o dello straniero regolare significa, in ultima analisi, attribuirgli uno *“stigma, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve e distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità”*, di tal guisa costruendo *“una presunzione assoluta, che identifica un tipo d'autore assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento”*.

L'aggravante censurata finisce, pertanto, col ferire il principio di offensività *“giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene giuridico protetto ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore”*⁵⁵⁵.

soggetti ipotizzare degli eventi. Per la definizione qui accolta, cfr. C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2008, p. 176.

⁵⁵⁵ Da ultimo, non potrebbe, secondo la Corte, obiettarsi che la qualità di immigrato derivi, comunque, da un originario comportamento trasgressivo, utile a legittimare una presunzione a carattere assoluto circa la dimensione soggettiva dell'illecito o la capacità a delinquere del reo, atteso che la condotta in questione, prima punita soltanto sul piano amministrativo e poi su quello penale, non può ripercuotersi su tutti i comportamenti successivi del soggetto, anche in assenza di ogni legame con la trasgressione originaria, differenziando *in peius* il trattamento del reo rispetto a quello previsto dalla legge per la generalità dei consociati. Un originario comportamento trasgressivo non può, pertanto, ripercuotersi su tutti i comportamenti successivi del soggetto, anche in assenza di ogni legame con la trasgressione originaria. Un'affermazione di chiusura di tal fatta istituisce, secondo taluno, *“una sorta di dialogo con l'estensore della successiva sentenza, la n. 250/2010, nella quale, invece, l'originario comportamento trasgressivo – ovvero l'ingresso e la permanenza irregolare dello straniero – viene ritenuto sufficiente ad integrare un fatto-reato, compatibile, questa volta, con il principio di offensività”*. Sul punto, 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, p. 92. Tale tematica, per altro verso, costituisce per la Corte lo spunto per chiarire anche un aspetto ulteriore, relativo alle differenze tra la disposizione censurata ed altre circostanze aggravanti a fondamento soggettivo già presenti nel nostro sistema: l'aggravante comune relativa allo stato di latitanza e la recidiva. Nella sostanza, tali aggravanti risultano fondate su un accertamento concreto della pericolosità, collegata a provvedimenti giudiziari (restrittivi della libertà personale, nel caso della latitanza, e di affermazione della responsabilità penale, nel caso della recidiva). Accertamento del tutto assente nel caso dell'aggravante censurata, applicabile anche allo straniero che non sia ancora stato neppure attinto da un provvedimento di espulsione, ed al quale, pertanto, in nessun modo può essere attribuito un comportamento espressivo di una particolare pericolosità. Sullo specifico punto, si rinvia a L. MASERA, *Corte costituzionale e*

In conclusione, il principio di offensività, secondo la Corte, non ammette alcuna scelta o modulazione sanzionatoria giustificata su connotati d'autore *sic et simpliciter*, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva di un maggior danno o pericolo per il bene giuridico tutelato, risultando altresì, in tali casi, più irragionevolmente discriminatoria alla luce del principio di uguaglianza⁵⁵⁶.

Queste le riflessioni che hanno condotto i giudici costituzionali a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, in particolare per violazione degli artt. 3, primo comma, e 25, secondo comma, Cost.⁵⁵⁷.

Un ultimissimo aspetto merita di essere messo in luce.

La Corte ha accolto gran parte delle argomentazioni sostenute nelle ordinanze dai giudici remittenti, evocando appena la discrezionalità del legislatore, che ha invece rivestito, come si illustrerà a breve, un ruolo determinante nella sentenza n. 250/2010 relativa alla contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale⁵⁵⁸.

2.2 Brevi considerazioni sull'utilizzo dell'offensività come canone di controllo delle opzioni legislative in materia penale

Come sopra ricordato, in linea generale il giudizio di meritevolezza circa beni/interessi/valori suscettibili di protezione penale costituisce un territorio dove la Corte costituzionale ha sempre dimostrato una certa cautela: il merito dell'incriminazione penale è sempre apparso, nelle prospettazioni dei giudici costituzionali, esclusivo appannaggio della politica, e la Corte ha di tal guisa

immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1379-1380.

⁵⁵⁶ G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Archivio Penale*, 2013, pp. 903 e ss.

⁵⁵⁷ Dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, la Corte fa derivare in via consequenziale l'illegittimità di due disposizioni dalla stessa logicamente dipendenti: l'art. 1, comma 1, l. 94/2009, che aveva limitato l'applicabilità dell'aggravante ai soli stranieri extracomunitari; e soprattutto la parte dell'art. 656, comma 9, c.p.p., in cui i reati aggravati dalla nuova circostanza venivano inseriti fra quelli per i quali non era applicabile la sospensione dell'esecuzione della condanna a pena detentiva, normalmente prevista nelle ipotesi di condanna a pena non superiore a tre anni.

⁵⁵⁸ P. PALERMO, *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Rivista Penale*, p. 820.

dimostrato una indubbia deferenza al riguardo⁵⁵⁹.

La linea di tendenza è, come si è visto, nel senso di un *self restraint* a garanzia della discrezionalità del legislatore, sulla base dell'assunto secondo il quale la decisione sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero sarebbe, in ultima analisi, ascrivibile al nucleo duro della sovranità dello Stato, che si traduce nel potere di controllare il territorio e presidiare le frontiere.

In tale direzione, la Corte ha a più riprese confermato che il limite della *political question* consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine a contenuto e struttura delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) siano manifestamente irragionevoli, ossia non riflettano l'*id quod plerumque accidit* (a pena di inammissibilità di ogni richiesta che esorbiti da questi argini rigorosi, segnati dall'art. 28 l. n. 87/1953)⁵⁶⁰.

In questa cornice, si staglia con nettezza il pronunciamento appena analizzato, che in certa parte può dirsi innovativo⁵⁶¹, se non altro laddove si afferma la necessità che la norma penale superi un vaglio positivo di ragionevolezza per sottrarsi alle censure di illegittimità (non essendo sufficiente il mero riscontro che la medesima norma non appaia manifestamente irragionevole)⁵⁶².

Si tratta, com'è stato evidenziato, di una differenza di non poco conto: basti pensare che se "*l'asticella della costituzionalità*" fosse stata fissata così in alto, come ha fatto la Corte in questa occasione, avrebbe avuto esito diverso la decisione con la quale, viceversa, ha ritenuto di "*salvare*" l'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., utilizzando - come si vedrà a breve - un differente parametro di

⁵⁵⁹ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 26.11.2014.

⁵⁶⁰ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 26.11.2014.

⁵⁶¹ Esiste, in realtà, qualche precedente in tal senso, nell'ambito del quale la Corte ha dimostrato un certo ostracismo nei confronti di presunzioni di pericolo irragionevolmente radicate su mere condizioni o qualità soggettive, e poste a fondamento di peculiari discipline punitive. Si allude, fra le altre, alla già citata sentenza n. 78/2007, in tema di accesso degli immigrati alle misure alternative alla detenzione.

⁵⁶² L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1381.

costituzionalità⁵⁶³.

2.3 La “patente di legittimità” del reato di clandestinità

Mentre era attesa la declaratoria d'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità, meno scontato - per le ragioni di cui a breve si dirà - era l'esito del giudizio avente ad oggetto il reato di clandestinità, inserito nel testo unico dell'immigrazione dalla legge n. 94 del 2009⁵⁶⁴, che tante polemiche destò al momento della sua introduzione⁵⁶⁵. Ed infatti, la successiva sentenza n. 250/2010, deliberata dalla medesima camera di consiglio e depositata nella

⁵⁶³ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1382. A dire il vero, secondo l'P.A., con ogni probabilità “il giudizio di incostituzionalità dell'aggravante non sarebbe mutato anche adottando il parametro della manifesta irragionevolezza, vista la gravità degli elementi di irrazionalità evidenziati nella sentenza”.

⁵⁶⁴ Si rammenta che la formulazione definitiva della fattispecie censurata così recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007 n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 1. 3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20 bis, 20 ter e 32 bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274. 4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'art. 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. 5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato, prima del termine previsto dall'art. 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale. 6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

⁵⁶⁵ Basti, in questa sede, richiamare la lettera che il Presidente della Repubblica ha inviato al Presidente del Consiglio, ai Ministri della Giustizia e dell'Interno, nel promulgare la legge n. 94/2009, ove, con riferimento all'art. 10 bis, si legge: «Esso punisce non il solo ingresso, ma anche il trattenimento nel territorio dello Stato. La norma è perciò applicabile a tutti i cittadini extracomunitari illegalmente presenti nel territorio dello Stato al momento della entrata in vigore della legge. Il dettato normativo non consente interpretazioni diverse: allo stato, esso apre la strada ad effetti difficilmente prevedibili. In particolare, suscita in me forti perplessità la circostanza che la nuova ipotesi di trattenimento indebito non preveda l'esimente della permanenza determinata da “giustificato motivo”. La Corte costituzionale (sentenze n. 5/2004 e n. 22/2007) ha sottolineato il rilievo che la esimente può avere ai fini della “tenuta costituzionale” di disposizioni del genere di quella ora introdotta».

medesima data⁵⁶⁶, raggiunge conclusioni opposte e, quindi, nel senso della legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

La Corte costituzionale si è trovata, anche in questo caso, ad affrontare numerose censure di incostituzionalità, incentrate essenzialmente sulla violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)⁵⁶⁷, del diritto di difesa (art. 24 Cost.)⁵⁶⁸, del principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)⁵⁶⁹, del principio di offensività (art. 25, comma 2, Cost.)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Si segnala, peraltro, la scelta di due distinti relatori per due decisioni invero riguardanti la medesima materia. Una scelta siffatta può lasciar pensare, secondo taluno, sia ad una valutazione avente ad oggetto l'opportunità di consentire l'espressione di diverse sensibilità giuridiche su una materia così delicata, sia ad una dinamica deliberativa particolarmente sofferta da parte dell'organo di giustizia costituzionale. Sul punto, 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, p. 92.

⁵⁶⁷ Secondo i rimettenti, l'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegale nel territorio dello Stato si risolverebbe, per un verso, in un'equiparazione sul piano sanzionatorio di situazioni di irregolarità con differente disvalore penale, per altro verso, in un'ingiustificata differenziazione di disciplina rispetto a fattispecie analoghe (si pensi all'impossibilità di accedere alle cause estintive dell'oblazione e della sospensione condizionale della pena). I rimettenti rilevano, altresì, l'irragionevolezza del mancato inserimento di una clausola equivalente alla formula "*senza giustificato motivo*" che, considerate le differenti situazioni di clandestinità avrebbe consentito di contemperare esigenze di prevenzione e di garanzia, evitando di sanzionare comportamenti "*concretamente non esigibili*" dallo straniero irregolare (come peraltro disposto dall'art. 14, comma 5 *ter*, T.U. I.M.M.).

⁵⁶⁸ In base a tale censura, la disposizione non rispetterebbe il diritto di difesa in quanto la mancata previsione di un termine per non incorrere nella nuova incriminazione si risolverebbe, di fatto, in un obbligo di autodenuncia per gli extracomunitari presenti a vario titolo irregolarmente nel territorio dello Stato che non vogliono allontanarsi spontaneamente dall'Italia. A sostegno dell'ineffettività di un termine per l'allontanamento spontaneo viene, fra l'altro, richiamata la Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), che agli artt. 6 e 7 detta indicazioni precise sul punto.

⁵⁶⁹ Viene, nella sostanza, paventato un rischio di sovrapposizione con il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, T.U. I.M.M. e, quindi, inutili duplicazioni di procedimenti, che si risolverebbero, in ultima istanza, in un cattivo funzionamento della giustizia. Considerato, inoltre, che qualora il giudice abbia notizia dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione o del respingimento deve emettere una sentenza di non luogo a procedere si appesantirebbe il carico del Giudice di pace, col rischio, peraltro, di avviare procedimenti destinati all'interruzione.

⁵⁷⁰ In base a tale censura, il reato censurato – essendo esclusivamente incentrato sulla violazione/inosservanza del testo unico dell'immigrazione – creerebbe una sostanziale sovrapposizione tra illecità penale e irregolarità amministrativa. La condotta materiale, lungi dal ledere o porre in pericolo un bene giuridico, finirebbe col sanzionare un comportamento in sé neutro, la mera violazione di un dovere: ad essere sanzionato sarebbe ciò che sta intorno o, più precisamente, chi lo pone in essere sol perché clandestino. Si delinerebbe, in altre parole, una fattispecie riconducibile al diritto penale d'autore e non al diritto penale del fatto.

Ancillare era, invece, il riferimento al principio di solidarietà umana e sociale (art. 2 Cost.).

Tanto detto, nell'approcciarsi al *thema decidendum*, la Corte – in via preliminare – rileva come i giudici rimettenti, al di là della generica e indifferenziata formulazione del *petitum*, sollevino in sostanza due differenti ordini di questioni: da un lato, contestano la legittimità costituzionale della norma censurata con argomentazioni afferenti alla scelta di penalizzazione che, ove accolte, avrebbero comportato l'ablazione del reato; dall'altro, ulteriori censure riguardano aspetti specifici della disciplina, sia sostanziali che processuali, che avrebbero determinato, ove accolte, una declaratoria d'incostituzionalità solo parziale⁵⁷¹.

I due ordini di questioni meritano di essere trattati separatamente, seguendo - nei paragrafi successivi - la stessa suddivisione tracciata dalla Corte.

2.3.1 Le censure di carattere generale

Posta la suddivisione tra questioni che potremmo definire “*radicali*” e questioni relative a singoli aspetti della disciplina, la Corte si premura, innanzitutto, di sgombrare il campo da una questione preliminare, ossia verificare se l'art. 10 *bis*, così come configurato, sia espressione di un diritto penale del fatto o, analogamente all'art. 61, n. 11 *bis*, c.p., di un diritto penale d'autore⁵⁷².

Orbene, prima di ogni cosa, la Corte ritiene necessario premettere un principio di ordine generale che, in questa sede, assume particolare importanza: l'*incipit* dell'argomentazione è, infatti, rappresentato dall'affermazione, relativa ai limiti dello scrutinio di costituzionalità, dell'insindacabilità delle scelte politiche del legislatore. La Corte, ancorando il ragionamento giuridico al ruolo rivestito dalla discrezionalità del legislatore, afferma - *rectius*, conferma - che “*l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio*

⁵⁷¹ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 135.

⁵⁷² M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 150.

*può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie*⁵⁷³.

Ebbene, già da queste prime battute si evince come il parametro di costituzionalità sia di gran lunga differente rispetto a quello utilizzato in occasione del sindacato di legittimità sull'aggravante di clandestinità. In quell'occasione, come si è detto, la Corte aveva ritenuto di dover utilizzare un differente parametro: era necessario, secondo la Consulta, che la norma penale superasse un vaglio positivo di ragionevolezza per sottrarsi alle censure di illegittimità (non essendo sufficiente il mero riscontro che la medesima norma non apparisse manifestamente irragionevole)⁵⁷⁴. In questo caso, viceversa, la Corte si trincerava dietro il riconoscimento al legislatore di un'ampissima area di discrezionalità in materia penale, utilizzando il tradizionale parametro della manifesta irragionevolezza⁵⁷⁵.

Fatta tale premessa metodologica, la Corte entra poi nel merito della disamina della contravvenzione, affrontando - dapprima - le questioni relative alla violazione del principio di offensività, sostanzialmente concentrate sulla circostanza che - secondo i rimettenti - il reato censurato sanzionasse

⁵⁷³ La Corte richiama sul punto la sua precedente giurisprudenza: in particolare, fra le altre, le sentenze n. 47/2010, n. 161/2009, n. 41/2009, n. 23/2009 e n. 225/2008.

⁵⁷⁴ La Corte, lo si rammenta, aveva in quell'occasione ritenuto imprescindibile *“un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza”*. E, considerato che le *“condizioni personali e sociali”* fanno parte dei parametri esplicitamente previsti dall'art. 3 Cost., aveva ritenuto necessario, anzi indispensabile, *“uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle qualità elencate nella norma costituzionale ai fini della diversificazione di discipline”*. Non era sufficiente, dunque, dimostrare la non manifesta irragionevolezza della norma, ma occorreva applicare un metro di giudizio più intenso e penetrante per saggiarne la conformità a Costituzione.

⁵⁷⁵ Secondo taluno, la decisione di salvare il reato di cui all'art. 10 *bis* era fuori discussione e l'utilizzo del tradizionale parametro - quello della manifesta irragionevolezza - ha, in qualche modo, facilitato l'onere argomentativo dell'estensore della sentenza di commento. In altre parole, la Corte, ribadendo l'adesione all'indirizzo giurisprudenziale tradizionale, mette subito *“le cose in chiaro”* con una premessa metodologica che, *in nuce*, lascia presagire l'esito della questione di legittimità costituzionale. Ed infatti, la scelta di attestarsi sulla soglia della manifesta irragionevolezza, in linea con il tradizionale orientamento giurisprudenziale, rappresenta la via per riconoscere la legittimità costituzionale della disposizione, evitando di introdursi in spazi riservati al potere legislativo. Sul punto, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1383.

penalmente, non già la commissione di un fatto offensivo di un bene costituzionalmente protetto, ma una particolare condizione personale e sociale – quella di chi versa nella situazione di clandestino per non essersi uniformato alle disposizioni del testo unico dell’immigrazione – di tal guisa delineando una colpa d’autore⁵⁷⁶.

Ebbene, contrariamente a quanto dedotto dai rimettenti, secondo la Corte, l’art. 10 *bis* T.U. I.M.M. non darebbe luogo ad una penalizzazione di un “*modo di essere dell’agente*”, che si traduce in una presunzione di pericolosità sociale, alla stregua dell’omonima aggravante⁵⁷⁷, ma, piuttosto, di “*uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti*” e, in particolare, “*quello descritto dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico dell’immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all’art. 1 della legge n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l’omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)*”⁵⁷⁸.

La Corte esclude, dunque, la penalizzazione del mero *status* ma esclude, altresì, che si tratti di un illecito “*di mera disobbedienza*”⁵⁷⁹, non offensivo – anche solo

⁵⁷⁶ Chiara la motivazione per la quale la Corte decide di affrontare per prima la dedotta violazione dei principi di materialità e necessaria offensività del reato: trattasi di un tema decisivo, anche alla luce del dibattito sorto intorno alla fattispecie oggetto di scrutinio e considerato che la critica più forte alla stessa era stata proprio quella di voler stigmatizzare come criminale la condizione esistenziale del migrante economico, in modo da veicolare un messaggio mediatico di “*legge e ordine*” nei confronti dei clandestini. Sul punto, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1383.

⁵⁷⁷ Interessante notare come la Corte abbia di fatto “*rovesciato*” il punto di partenza delle principali argomentazioni critiche, negando validità al presupposto di base su cui le stesse si fondavano: ossia che si trattasse di un reato di pericolo presunto. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 80.

⁵⁷⁸ Secondo la Corte, infatti, la condizione di clandestinità non costituisce un dato preesistente ed estraneo al fatto ma rappresenta, viceversa, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità.

⁵⁷⁹ Parla di diritto penale della disobbedienza o della mera violazione di doveri, fra gli altri, M. DONINI. Secondo l’A., sono il tipo d’autore e la disobbedienza a fondare l’illecito “*nella*

nella forma della messa in pericolo – di alcun bene giuridico meritevole di tutela ed espressione di un diritto penale d'autore, volto a penalizzare, esclusivamente, situazioni di povertà e di emarginazione. E ciò, sulla base della considerazione che il bene giuridico protetto dalla disposizione censurata sarebbe, in realtà, *“agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico di categoria, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero”*⁵⁸⁰.

La Corte si premura, altresì, di precisare che l'ordinata gestione dei flussi migratori costituisce, in realtà, *“un bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso dei beni giuridici finali, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata”*⁵⁸¹. Anzi, il potere di disciplinare l'immigrazione costituisce, secondo la Corte, un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio⁵⁸², spettando, di conseguenza,

presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi, in vista di interessi-scopo di sicurezza pubblica e ordine pubblico”. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 126.

⁵⁸⁰ La Corte, pertanto, non solo ha ritenuto infondato l'addebito in punto di materialità – escludendo che il reato di nuovo conio avesse ad oggetto un mero modo di essere della persona – ma ha altresì rigettato la critica che ravvisava un simile reato posto a tutela di un bene giuridico privo di meritevolezza penale, e diretto a sanzionare una mera disobbedienza, affermando la chiara identificabilità del bene giuridico di riferimento come detto, nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, la cui assunzione ad oggetto di tutela non può considerarsi, in alcun modo, né irrazionale né arbitraria. Sul punto, V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 26.11.2014.

⁵⁸¹ La Corte puntualizza, inoltre, che la strategia di intervento utilizzata è, fra l'altro, *“analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che, nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario”*.

⁵⁸² La Corte ha più volte rimarcato, nella sua precedente giurisprudenza, come la decisione sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero sia, in ultima analisi, ascrivibile al nucleo duro

al legislatore la determinazione della risposta sanzionatoria più adeguata e, segnatamente, se un dato comportamento, debba assumere una connotazione penale (stabilendo, in questo caso, la qualità e la quantità dell'intervento repressivo), piuttosto che meramente amministrativa, anche in considerazione delle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e della differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse.

Di tal guisa argomentando, la Corte ritiene, pertanto, destituita di fondamento la tesi dei rimettenti in base alla quale l'incriminazione di cui all'art. 10 *bis* avrebbe introdotto, di fatto, una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare, non rispondente all'*id quod prelumque accidit* e perciò stesso arbitraria⁵⁸³.

In chiusura, la Corte rileva, quasi a corroborare il proprio convincimento, come la scelta operata dal legislatore italiano, con la novella del 2009 e l'introduzione della disposizione censurata, sia in realtà tutt'altro che isolata nel panorama internazionale. L'analisi comparatistica rivelerebbe, secondo la Corte, come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare siano presenti

della sovranità dello Stato, che si traduce nel potere di controllare il territorio e presidiare le frontiere. Tale giurisprudenza viene, pertanto, richiamata anche nella sentenza in commento, ove - in particolare - si legge che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, in ultima analisi, “*collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla sostenibilità socio-economica del fenomeno*”. Com'è evidente, emergono ancora una volta, da un lato, il riferimento ad alcuni formanti storici dell'ordinamento costituzionale, vale a dire la sovranità, il popolo ed il territorio, dall'altro, l'imprescindibile necessità di bilanciare lo *ius migrandi* con le istanze di ordine pubblico, sicurezza e sanità pubblica (nonché con valutazioni afferenti alla sostenibilità socio-economica del fenomeno).

⁵⁸³ Secondo la Corte, analogamente a quanto avviene per il reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, T.U. I.M.M. che prescinde da un'accertata e presunta pericolosità dei soggetti responsabili (sentenza n. 22/2007), la disposizione censurata non sancisce alcuna presunzione di tal fatta, ma si limita a reprimere, similmente alla generalità delle norme incriminatrici, “*la commissione di un fatto oggettivamente (e comunque) anti-giuridico, offensivo di un interesse reputato meritevole di tutela*”. Né potrebbe essere richiamata, a tal uopo, la precedente giurisprudenza della Corte, in base alla quale il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato non è, di per sé, univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale (sentenza n. 78/2007), considerato che trattasi di affermazioni rese in un contesto ben differente, nient'affatto assimilabile a quello oggetto del giudizio *de quo* (come noto, si trattava in quell'occasione di decidere in ordine alla legittimità costituzionale di alcune norme dell'ordinamento penitenziario che precludevano, di fatto, l'accesso all'immigrato irregolare alle misure alternative alla detenzione).

sia nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che tra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)⁵⁸⁴.

Quanto ai rilevi avanzati per sostenere la violazione del principio di uguaglianza, sostanzialmente incentrati sulla considerazione che l'art. 10 *bis* equiparerebbe fattispecie marcatamente eterogenee e soggetti di differente pericolosità sociale (quali lo straniero che ha varcato clandestinamente i confini nazionali e che vive dei proventi del delitto e il migrante trattenutosi irregolarmente dopo un ingresso legittimo, ma ben integrato nella comunità sociale e che svolge un'attività lavorativa), la Corte, da un lato, ribadisce che la norma censurata non è diretta a sanzionare la condotta di vita e i propositi del migrante irregolare ma soltanto l'inosservanza delle norme sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato e, dall'altro, ha gioco facile nell'affermare che la diversa gravità della detta inosservanza, rilevante ai sensi dell'art. 133 c.p., ben potrà essere apprezzata e valorizzata dal giudice in sede di determinazione della pena in concreto nell'ambito della – sufficientemente ampia – forbice edittale prevista. E, in ogni caso, per ciò che concerne le ipotesi a carattere marginale, ovvero quelle in cui lo straniero si trattienga nel territorio nazionale per ragioni puramente contingenti (quali l'aver perso l'aereo o il non aver tempestivamente ricevuto dai parenti all'estero il denaro necessario per l'acquisto del biglietto di viaggio), l'attribuzione al Giudice di pace della competenza per il reato censurato rende operante l'istituto dell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, previsto dall'art. 34 del d. lgs. n. 274/2000.

Quanto, poi, alla dedotta violazione dei diritti inviolabili dell'uomo e del principio di solidarietà, derivante dal fatto che la norma andrebbe a colpire

⁵⁸⁴ Nel successivo punto 10 della motivazione, la Corte inoltre aggiunge che anche l'assoggettamento a sanzioni pecuniarie dei fatti di immigrazione irregolare è anch'esso tutt'altro che ignoto all'esperienza comparatistica (pene pecuniarie, alternative o congiunte alla pena detentiva, sono previste, ad esempio, dalle legislazioni tedesca, francese e del Regno Unito, mentre la legge spagnola contempla, per il soggiorno irregolare, la sola sanzione amministrativa pecuniaria).

soggetti che nella generalità dei casi versano in condizioni di estrema indigenza e che sarebbero, semmai, meritevoli di aiuto ed assistenza piuttosto che destinatari di sanzioni penali, la Corte, nel richiamare la propria giurisprudenza⁵⁸⁵, osserva che in materia di immigrazione “*le ragioni di solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco*”⁵⁸⁶ e che, comunque, le ragioni di solidarietà trovano espressione nella previsione del comma 6 dell’art. 10 *bis*, che prevede la sospensione del procedimento penale per il reato censurato in caso di presentazione di istanza di protezione internazionale e, in caso di accoglimento della stessa, la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere⁵⁸⁷.

Occorre, infine, analizzare la risposta offerta dalla Corte alla censura di violazione dei principi di ragionevolezza e di buon andamento dei pubblici uffici, sostanzialmente incentrata sulla considerazione che la disposizione censurata perseguirebbe, nel suo complesso, l’obiettivo di allontanare lo straniero realizzabile negli stessi termini per il tramite dell’istituto dell’espulsione amministrativa, con ciò determinando, secondo i rimettenti, un’inutile duplicazione di procedimenti aventi il medesimo scopo. In questo caso, la Corte, da un lato, riconosce che le condotte integranti il reato “*erano e restano sanzionate in via amministrativa, con l’espulsione disposta dal prefetto ai sensi dell’art. 13, del d. lgs. 286 del 1998*” e, pertanto, riscontra “*una sovrapposizione – tendenzialmente completa – della disciplina penale a quella amministrativa*” e, dall’altro, ammette che, alla luce della complessiva configurazione della norma censurata, “*il legislatore mostra di considerare l’applicazione della sanzione penale come un esito «subordinato» rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi*

⁵⁸⁵ Viene, in particolare, citata la sentenza n. 353/1997.

⁵⁸⁶ La Corte coglie, inoltre, l’occasione per ribadire – ancora una volta – che le scelte legislative, in ambiti siffatti, sono connotate, in ogni caso, da un’ampia discrezionalità nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, il cui esercizio, ove non manifestamente irragionevole, è insuscettibile di sindacato di costituzionalità.

⁵⁸⁷ G. SAVIO, *L’aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 136.

*illegalmente presente*⁵⁸⁸. Ciononostante, il procedimento penale per il reato *de quo* non rappresenta, secondo la Corte, sempre e comunque un mero duplicato del procedimento amministrativo di espulsione e ciò “*per la ragione che – come l’esperienza attesta – in un largo numero di casi non è possibile, per la pubblica amministrazione, dare corso all’esecuzione dei provvedimenti espulsivi*”.

La Corte riconosce, inoltre, la scarsa capacità dissuasiva della prevista pena dell’ammenda, a fronte della condizione di insolvibilità in cui assai spesso versa il migrante irregolare, nonché l’oggettiva difficoltà di convertire la pena rimasta ineseguita in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (così come previsto dall’art. 55 d. lgs. n. 274/2000), “*stante la problematica compatibilità di tali misure con la situazione personale del condannato, spesso privo di fissa dimora e che, comunque, non può risiedere legalmente in Italia*”.

Tuttavia, tali valutazioni - e in generale quella attinente al rapporto costi benefici connessi all’introduzione della fattispecie di nuovo conio - attengono, comunque, “*all’opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità*”⁵⁸⁹.

Con specifico riferimento all’ultima delle questioni del primo gruppo, ovvero quella della violazione del principio del buon andamento dei pubblici uffici, la Corte si limita, invero, a rilevare che, per consolidata giurisprudenza, detto principio risulta riferibile all’amministrazione della giustizia solo per quanto concerne l’organizzazione ed il funzionamento degli uffici giudiziari, e non l’attività giurisdizionale in senso stretto⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Ciò sarebbe, ulteriormente, dimostrato – secondo la Corte – dalle circostanze che seguono: in deroga al generale disposto dell’art. 13, comma 3, T.U. I.M.M., lo straniero sottoposto a procedimento penale per il reato *de quo* può essere espulso in via amministrativa senza il *nulla osta* dell’autorità giudiziaria; una volta avuta notizia dell’esecuzione dell’espulsione o del respingimento, il giudice deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere, a prescindere dallo stato di avanzamento del procedimento penale; nel caso di condanna, la pena dell’ammenda – espressamente sottratta all’oblazione – può essere sostituita dal giudice con l’espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.

⁵⁸⁹ La Corte, a questo punto, ribadisce nuovamente che non le compete “*esprimere valutazioni sull’efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestino nell’ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell’epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza*”.

⁵⁹⁰ La Corte richiama, in particolare, le sentenze n. 64/2009 e n. 272/2008 e le ordinanze n. 408/2008 e n. 27/2007.

Tanto detto in ordine alle questioni che abbiamo definito “*radical?*”, non può non avvertirsi - già da questa prima analisi - qualche motivo di reciproca dissonanza fra la sentenza n. 249/2010 e la sentenza n. 250/2010⁵⁹¹.

Si rinvia all’analisi successiva la più puntuale motivazione dell’assunto.

2.3.2 Le censure riguardanti aspetti specifici della disciplina

Una volta affrontate le questioni relative alla scelta di penalizzazione, la Corte si sofferma, nella seconda parte della sentenza, su specifici segmenti della disciplina del reato di cui all’art. 10 *bis* T.U. I.M.M.⁵⁹².

La Corte si concentra essenzialmente sull’omessa previsione del “*giustificato motivo*” di trattenimento⁵⁹³ (che, fra le altre cose, porrebbe l’autore del reato censurato in una posizione deteriore rispetto all’autore del delitto di cui all’art. 14, comma 5 *ter* del medesimo testo unico⁵⁹⁴) ma le censure riguardavano, altresì, altri aspetti, quali: il divieto di sospensione condizionale della pena, la facoltà di sostituire la pena pecuniaria con una sanzione notevolmente più afflittiva qual è l’espulsione (di tal guisa creando una sperequazione rispetto ai soggetti nei cui confronti può essere disposta l’espulsione come misura sostitutiva, ovvero – ai sensi dell’art 16 T.U. I.M.M. – ai condannati ad una pena detentiva non superiore a due anni); la previsione di una sentenza di non luogo a procedere in caso di esecuzione dell’espulsione amministrativa, che

⁵⁹¹ F. BAILO, *L’aggravante e il reato di clandestinità: illegittimità “tout court” per la prima e rigetto con motivazione “a due tempi” per il secondo, con qualche apertura ad altri profili d’incostituzionalità*, in *Consulta online*, 2011, pp. 24 e ss.

⁵⁹² Come già osservato, in questo caso le censure di costituzionalità avanzate nei confronti di singoli aspetti della disciplina avrebbero comportato, ove accolte, una dichiarazione di illegittimità solo parziale della norma incriminatrice.

⁵⁹³ Si rammenta che la più volte citata missiva trasmessa dal Presidente della Repubblica si appuntava, principalmente, proprio sulla mancata previsione della clausola del “*giustificato motivo*”. Si legge, infatti, nella lettera: “*In particolare, suscita in me forti perplessità la circostanza che la nuova ipotesi di trattenimento indebito non preveda l’esimente della permanenza determinata da giustificato motivo*”. Fra l’altro, la stessa Corte costituzionale, come già ricordato, ha più volte avuto modo di sottolineare l’importanza, ai fini della tenuta costituzionale di disposizioni di tal fatta, dell’esimente in parola (sentenze n. 5/2004 e 22/2007).

⁵⁹⁴ Si tratta, come noto, della fattispecie che reprime, più severamente, una forma speciale di indebita permanenza dello straniero nel territorio dello Stato, ovvero quella conseguente all’inottemperanza dell’ordine del questore di lasciare entro cinque giorni il territorio nazionale, impartito ai sensi del comma 5 *bis* dell’art. 14 T.U. I.M.M.

farebbe dipendere l'applicazione della pena dall'operato dell'autorità amministrativa⁵⁹⁵.

Quanto all'omessa previsione della clausola del “*giustificato motivo*”, la Corte - pur evidenziando l'importanza di una clausola siffatta - rileva come il significato della stessa sia, in realtà, ricostruibile “*mediante una operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito ermeneutico affidato al giudice*” e, in particolare, “*alla luce del quadro normativo su cui l'incriminazione stessa si innesta*”. La mancanza della detta clausola, da un lato, non è indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione e, segnatamente, di quello oggetto di scrutinio e, dall'altro, non impedisce che trovino comunque applicazione le esimenti generali. Non v'è dubbio alcuno, secondo la Corte, che possa applicarsi, da un lato, la scriminante comune dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. e, dall'altro, le cause di esclusione della colpevolezza, fra cui l'ignoranza inevitabile della legge penale di cui all'art. 5 c.p., quale risultante a seguito della nota sentenza n. 364/1988.

Con specifico riferimento all'indebito trattenimento, rimarrebbe, in ogni caso, operante il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, in generale applicabile alle fattispecie omissive proprie⁵⁹⁶. E, in ogni caso, un ulteriore strumento di moderazione dell'intervento sanzionatorio sarebbe rinvenibile, rammenta la Corte, nell'istituto dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34, d. lgs. n. 274/2000) reso applicabile dall'attribuzione del reato oggetto di scrutinio alla competenza del giudice di pace⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ 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, pp. 96-97.

⁵⁹⁶ Si è già avuto modo di ricordare come, in base a tale principio, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta escluda, *in nuce*, la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione. Ed infatti, qualora l'obbligo di agire sia impossibile è l'obbligo stesso che viene a cadere e dunque “*caduto l'obbligo, cade un presupposto dell'omissione, e così l'omissione stessa*”. Sul punto, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 816.

⁵⁹⁷ Secondo la Corte, infatti, trattasi di “*istituto la cui disciplina – nel suo riferimento alle condizioni dell'esiguità dell'offesa all'interesse tutelato, dell'occasionalità della violazione, del ridotto grado di colpevolezza*”

Quanto alla prospettata disparità di trattamento rispetto all'art. 14, comma 5 *ter*, T.U. I.M.M., la Corte sottolinea la diversa struttura delle due fattispecie: l'art. 14, comma 5 *ter* risulta, infatti, applicabile solo quando non sia stato possibile procedere all'esecuzione coattiva del rimpatrio dello straniero irregolare e, pertanto, in situazione ove è più frequente che lo straniero non sia in grado di adempiere nel breve termine concessogli (cinque giorni) all'obbligo di fare rientro nel Paese d'origine; viceversa, la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* si applica a prescindere dalla mancata esecuzione di un provvedimento di espulsione e il suo modesto carico sanzionatorio rende, inoltre, assai meno urgenti le esigenze di “*moderazione*” assolute dalla clausola del “*giustificato motivo*” all'interno dell'art. 14, comma 5 *ter*⁵⁹⁸.

Tanto detto in ordine alla mancata previsione della clausola del giustificato motivo, la Corte affronta, invero piuttosto sbrigativamente, le censure di costituzionalità relative ad altri aspetti specifici della disciplina.

Quanto all'irragionevolezza della disposizione che consente al giudice di pace di sostituire, nel caso di condanna, la pena pecuniaria comminata con la misura dell'espulsione, la Corte ritiene si tratti di questione manifestamente inammissibile e ciò in considerazione della circostanza che siffatta facoltà deriva, non già dalla disposizione oggetto di scrutinio, quanto piuttosto da norme diverse dall'art. 10 *bis* (segnatamente, l'art. 16, comma 1, T.U. I.M.M.)⁵⁹⁹

e del pregiudizio recato dal procedimento penale alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'imputato – può valere a “controbilanciare” la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie di “giustificato motivo” che esulino dal novero delle cause di non punibilità”.

⁵⁹⁸ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1389.

⁵⁹⁹ Si rammenta che l'art. 16, comma 1, T.U. I.M.M., così come modificato dalla l. 94/2009, estende l'applicabilità dell'espulsione come sanzione sostitutiva alla contravvenzione di cui all'art. 10 *bis*.; così recita, in particolare, la disposizione richiamata: “1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione [...] Le

e l'art. 62 *bis* d. lgs. n. 274/2000⁶⁰⁰), norme non coinvolte nello scrutinio di costituzionalità.

Quanto poi all'ipotizzata violazione dell'art. 3 Cost., correlata al divieto di concessione della sospensione condizionale della pena, la Corte – anche in questo caso – dichiara la questione inammissibile sulla base delle medesime argomentazioni: la preclusione della sospensione condizionale della pena non deriva, nemmeno in tal caso, dalla disposizione oggetto di scrutinio ma, più in generale, dall'attribuzione al giudice di pace della competenza per il reato in esame⁶⁰¹. Da qui, come detto, la conseguente dichiarazione di manifesta inammissibilità⁶⁰².

Uguale esito di inammissibilità si impone, per la Corte, in relazione alla questione avente ad oggetto la disposizione del comma 5 dell'art. 10 *bis*, in virtù della quale il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere qualora abbia notizia dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione amministrativa dell'autore del fatto o del suo respingimento (ai sensi del comma 2 dell'art. 1° T.U. I.M.M.). La Corte rileva, a tale proposito, come dall'ordinanza di rimessione non risulti che l'imputato sia stato effettivamente espulso o

disposizioni di cui al presente comma si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater".

⁶⁰⁰ Si rammenta che la legge n. 94/2009 aveva inserito nel decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 recante "Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della l. 24 novembre 1999, n. 468", l'art. 62 *bis* (rubricato "Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva"), in virtù del quale "nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'art. 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286". È stata, pertanto, conferita al giudice di pace la facoltà, invero vincolata, di disporre misure sostitutive della detenzione, facoltà fino a quel momento negatagli, atteso che l'art. 62 del medesimo articolato normativo espressamente prevedeva (e prevede tuttora) che "le sanzioni sostitutive previste dagli artt. 53 e seguenti della l. 24.11.1981, n. 689, non si applicano ai reati di competenza del giudice di pace".

⁶⁰¹ Si tratta, in particolare, della nuova lettera s-*bis*) dell'art. 4, comma 2, del d. lgs. n. 274/2000 che attribuisce, come si è detto, al giudice di pace la competenza per la contravvenzione censurata e che, a sua volta, rende operante il disposto dell'art. 60 del medesimo articolato normativo, il quale - come noto - rende inapplicabile alle pene applicate dal giudice di pace le disposizioni di cui agli articoli 163 e ss. c.p. relative alla sospensione condizionale della pena.

⁶⁰² La Corte rileva altresì come, in ogni caso, difetti ogni motivazione sia in ordine alla rilevanza della questione (non si afferma che, nel caso di specie, l'imputato avrebbe potuto fruire della sospensione condizionale della pena alla luce delle generali regole codicistiche), sia alla sua non manifesta infondatezza (la lesione dell'art. 3 Cost. viene prospettata, a parere della Corte, in modo puramente assiomatico).

respinto e, pertanto, conclude nel senso dell'irrelevanza della detta questione.

La Corte si occupa, infine, della prospettata violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., formulata a fronte dell'asserita introduzione di un obbligo di autodenuncia nei confronti del migrante irregolare responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico previsto dall'art. 38 T.U. I.M.M. Una volta ancora, la violazione deriva, secondo la Corte, da norme diverse da quella oggetto di scrutinio⁶⁰³.

Merita un'attenzione particolare un'ulteriore profilo di incostituzionalità invocato nelle ordinanze di rimessione: trattasi della censura relativa alla violazione dell'art. 117 Cost., in ragione dell'asserito contrasto dell'art. 10 *bis* con il contenuto della direttiva 2008/115/CE, c.d. Direttiva rimpatri.

Considerato che trattasi di questione delicatissima, anche ai fini della presente riflessione⁶⁰⁴, all'argomento verrà dedicato un apposito paragrafo, quello che segue.

2.3.3 La (non) violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario

Si è già avuto modo, nell'ambito della presente riflessione, di focalizzare l'attenzione sulla Direttiva comunitaria 2008/115/CE recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Risulta, in questa sede, necessario richiamare, seppur sommariamente, l'architettura generale della c.d. Direttiva rimpatri, a partire dal suo ambito di

⁶⁰³ Più in particolare, la violazione deriverebbe, secondo la Corte dalla mancata previsione, nel citato art. 38, di una esenzione dall'obbligo di segnalazione all'autorità del migrante irregolare da parte del personale scolastico, analoga a quella sancita dall'art. 35, comma 5, T.U. I.M.M., con riferimento al personale sanitario. Dette disposizioni, che la Corte definisce "collaterali", non risultavano peraltro coinvolte, come detto, nell'impugnativa e, in ogni caso, non venivano in rilievo nel giudizio *a quo*.

⁶⁰⁴ È d'uopo rammentare che i possibili profili di contrasto fra l'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. e la Direttiva rimpatri verranno trattati, più nello specifico, nel capitolo che segue, ove verrà altresì analizzato il pronunciamento della Corte di Giustizia che si è occupato proprio della compatibilità della disposizione in parola rispetto alla normativa comunitaria. Si allude alla sentenza 6 dicembre 2012, *Sagor* (causa C-430/11) GU C 25, peraltro preceduta da pronunciamenti che, nell'ambito della presente riflessione, assumono particolare interesse.

applicazione.

In particolare, dopo l'esordio che sancisce l'applicazione generalizzata della direttiva ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in soggiorno irregolare, viene riconosciuta agli Stati la facoltà di escludere l'applicazione della stessa ai cittadini di Paesi terzi *«sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare o che non abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione al soggiorno»* (art. 2, par. 2, lett. a). Ancora, l'art. 2, comma 2, lett. b, consente di escludere dall'ambito di applicazione della stessa *«gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione»*.

Per ciò che concerne le modalità di allontanamento, ai sensi dell'art. 6, ogni straniero che soggiorni in modo irregolare deve essere soggetto ad una decisione di rimpatrio, a meno che lo straniero possa essere ammesso in un altro Stato membro⁶⁰⁵.

Una volta che sia accertato che il soggiorno è irregolare alla luce della normativa nazionale, la Direttiva provvede a stabilire quali siano le modalità del rimpatrio. In base all'art. 7, l'esecuzione della decisione di rimpatrio è, di regola, affidata, all'istituto della partenza volontaria: è la stessa decisione di rimpatrio a fissare un periodo congruo – di durata compresa tra i sette e i trenta giorni – per la partenza volontaria dello straniero. Per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti allo straniero obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga. Ancora, se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni.

Pertanto, nella disciplina dettata dalla Direttiva rimpatri, da un lato, la modalità

⁶⁰⁵ La competenza nel fissare i requisiti richiesti ai fini della regolarità di un soggiorno rimane - naturalmente - ferma in capo agli Stati.

ordinaria di esecuzione del rimpatrio non ha carattere coercitivo, dall'altro, forme coercitive possono essere disposte solo sulla base di una valutazione individualizzata relativa allo specifico caso.

La Direttiva Rimpatri è, pertanto, imperniata intorno al meccanismo che prevede la regola della concessione di un congruo periodo, di durata compresa tra i sette e trenta giorni, per la partenza volontaria dello straniero interessato da una decisione di rimpatrio; termine pendente il quale non si può far luogo all'allontanamento coattivo, salvi i casi di deroga espressamente previsti.

È stato, altresì, già evidenziato come, secondo l'opinione di alcuni autori, uno degli intenti del Legislatore italiano del 2009 fosse stato proprio quello di consentire all'ordinamento italiano di sottrarsi alla disciplina comunitaria sui rimpatri⁶⁰⁶, facendo sì che il titolo su cui fondare l'intero procedimento di espulsione dello straniero irregolare fosse costituito da un provvedimento di espulsione pronunciato dal giudice⁶⁰⁷. Ciò avrebbe consentito al nostro ordinamento, almeno in principio, di poter invocare il citato art. 2, par. 2, lett. b) della Direttiva rimpatri, a tenore del quale - come detto - le relative disposizioni non si applicano agli stranieri *“sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legge nazionale”*⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Come già evidenziato, tale prospettiva era stata esplicitamente tratteggiata dall'allora Ministro dell'Interno Maroni, il quale - nel corso di un'audizione davanti al Comitato di controllo e vigilanza in materia di immigrazione - insisteva, a nome dell'allora Governo, per l'introduzione del reato di clandestinità, con le argomentazioni che di seguito si riportano: *“pur prevedendo una pena pecuniaria e non detentiva, perché la direttiva europea stabilisce che la regola dell'allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l'invito ad andarsene e non l'espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale. Noi quindi vogliamo designare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emanato dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso”*.

⁶⁰⁷ Di tale avviso, fra gli altri, C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 38.

⁶⁰⁸ Si è tentato, in altre parole, di «sterilizzare» gli obblighi imposti dalla Direttiva: in particolare, come rivelato, *“con l'art. 10 bis, l'espulsione è diventata conseguenza accessoria della sanzione penale e, in sostanza, la deroga di cui all'art. 2, par. 2, lett. b) è divenuta regola per non riconoscere i diritti garantiti dalla Direttiva stessa”*. Sul punto, C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Lampedusa a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 163. E pertanto, com'è stato acutamente osservato, *“alla furbizia politica di impiegare la potestà penale come arma simbolica di una lotta da ingaggiare contro lo straniero si è*

Ora, senza entrare - per il momento - nel merito dei possibili profili di contrasto posti in evidenza dai rimettenti⁶⁰⁹, preme in questa sede esclusivamente rilevare un dato eminentemente cronologico: al momento della pronuncia della sentenza in commento il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva in parola - fissato al 24 dicembre 2010 - non era ancora scaduto.

Orbene, la Corte costituzionale, in maniera probabilmente troppo sbrigativa e senza entrare nel merito dei singoli motivi di possibile contrasto, si è invero limitata ad osservare come il termine per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale non fosse ancora scaduto, risultando fissato, appunto, al 24 dicembre 2010, e come siffatta circostanza rendesse, allo stato, comunque non significativo, ai fini della configurabilità della lesione costituzionale denunciata, l'ipotizzato contrasto con la disciplina comunitaria⁶¹⁰.

affiancato anche un freddo calcolo utilitaristico, consistente nella volontà di incrementare il numero delle situazioni in presenza delle quali la legge legittima il ricorso alla misura dell'espulsione dell'immigrato irregolare'. Sul punto, L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

⁶⁰⁹ Il giudice *a quo*, fondamentalmente, invocava la distanza fra la normativa nazionale, fondamentalmente incentrata su modalità coercitive di rimpatrio del cittadino entrato o soggiornante irregolarmente nel territorio nazionale, e la disciplina comunitaria, viceversa imperniata sul meccanismo della partenza volontaria come modalità ordinaria di allontanamento. Tuttavia, da un diverso e più specifico punto di vista, che sarà oggetto del capitolo che segue, venivano invero in considerazione ulteriori questioni interpretative dell'art. 10 *bis* e, in particolare, quella della compatibilità con la direttiva rimpatri di una disciplina in forza della quale un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita come sanzione penale dalla permanenza domiciliare in conseguenza del suo ingresso e permanenza irregolare, ancor prima dell'inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa, di fatto prevedendo una privazione della libertà personale dello straniero (di 45 giorni), senza qualsivoglia valutazione del caso concreto e a prescindere dalla concreta possibilità di preparare o effettuare l'allontanamento. Veniva, invero, in considerazione un ulteriore profilo di possibile contrasto che, in particolare, riguardava la circostanza che l'espulsione di cui all'art. 16 T.U. I.M.M., che il giudice di pace poteva disporre quale misura sostitutiva della pena pecuniaria, venisse effettuata attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera, senza rispettare quindi la regola della concessione di un termine per la partenza volontaria nonché il principio della gradualità delle misure coercitive, previsti dalla direttiva a tutela dei diritti fondamentali dello straniero irregolare. Questioni, com'è evidente, di indubbia complessità e che, come detto, verranno attentamente analizzate nel capitolo che segue. Per il momento, si rinvia a A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 102-103.

⁶¹⁰ La Corte ritiene, infatti, che non occorra neanche verificare, alla luce della mancata scadenza del termine ai fini del recepimento delle disposizioni comunitarie, la reale validità dell'argomento su cui poggia la censura, ovvero l'assunto per cui la facoltà degli Stati membri

La Corte aggiunge, invero, che ad ogni modo “*il contrasto non deriverebbe comunque dall'introduzione del reato oggetto di scrutinio, quanto piuttosto – in ipotesi – dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (in particolare, art. 13, comma 4, del d. lgs. 286 del 1998): norme diverse da quelle impugnate*”.

Alla luce di quanto precede, la sensazione è che la Corte abbia deciso di non decidere in merito al tema dei rapporti tra la Direttiva rimpatri e l'art. 10 *bis*, solo evocato nella sentenza e, in realtà, assai più complesso di quanto possa apparire *prima facie*.

La questione della legittimità comunitaria dell'art. 10 *bis*, nonostante non costituisca il punto di frizione più vistoso tra la direttiva e il sistema interno⁶¹¹, avrebbe meritato, secondo taluno, maggiore attenzione da parte della Corte, la quale preferisce non entrare nel merito della spinosa questione⁶¹².

Date queste premesse, almeno da questo punto di vista, era lecito aspettarsi che la partita non potesse ritenersi totalmente chiusa.

Si rinvia al capitolo successivo la motivazione dell'assunto.

3. Brevi note critiche

Prima di tentare di tirare le fila del discorso e di comporre in armonia la giurisprudenza sinora analizzata, si rende necessario focalizzare l'attenzione, da un lato, sul tenore della motivazione con cui la Corte ha “*salvato*” dalle censure di costituzionalità il reato di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato e, dall'altro, su ciò che la Corte, più o meno deliberatamente, ha affrontato in

di non applicare la Direttiva rimpatri ai cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale dovrebbe, in realtà, ritenersi riferita, secondo i rimettenti, esclusivamente alle fattispecie penali diverse dall'ingresso e dal soggiorno irregolare.

⁶¹¹ Il vero problema che si sarebbe presentato di lì a poco, vale a dire al momento in cui l'obbligo di recepimento della direttiva fosse divenuto cogente, era in realtà costituito dalla compatibilità comunitaria dei reati collegati alle espulsioni dello straniero, questione poi portata all'attenzione della Corte di Giustizia con gli esiti - invero prorompenti per l'ordinamento italiano - di cui si dirà nel capitolo che segue. Si allude, in particolare, al pronunciamento della Corte di Giustizia nel caso *El Dridi* ed alle ingenti ripercussioni dello stesso sul sistema italiano delle espulsioni (e non solo).

⁶¹² L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1387.

maniera forse troppo frettolosa nonché, infine, su aspetti che non sono stati oggetto di specifica analisi.

Verranno, nel presente paragrafo, analizzati i punti di maggiore debolezza di un pronunciamento che, ad ogni modo, si lascia apprezzare per il rigore e la nitidezza della struttura argomentativa.

Tanto detto, già l'*incipit* dell'argomentazione della Corte, la sua premessa metodologica in base alla quale viene riaffermata l'insindacabilità delle scelte politiche del legislatore ancor prima di iniziare qualsivoglia scrutinio della norma oggetto di censura⁶¹³, sembra – in qualche modo – decifrarne il senso più autentico. Appare già dalle prime battute del pronunciamento l'impressione di *“una decisione assunta prima e a prescindere dalle motivazioni sviluppate; una motivazione frutto della decisione, e non una decisione frutto della motivazione”*⁶¹⁴.

A ciò si aggiunga l'espedito argomentativo sapientemente utilizzato dalla Corte che, nel distinguere, già all'inizio della motivazione, tra questioni che abbiamo detto essere radicali (*id est*: quelle attinenti alla scelta di penalizzazione) e questioni aventi ad oggetto soltanto specifiche articolazioni della disciplina, riesce ad isolare alcuni indici di irrazionalità della disposizione (che essa stessa riconosce)⁶¹⁵ ed a svalutarne il *“peso specifico”*, di tal guisa dilatando il varco, a larghezza variabile, della declaratoria di inammissibilità⁶¹⁶.

Tanto premesso, la censura per la quale la Corte mostra un maggiore sforzo argomentativo è, con ogni probabilità, quella relativa alla violazione dei

⁶¹³ Insindacabilità che, peraltro, viene ribadita in altri passaggi, anche significativi della sentenza e, in particolare, a proposito del principio di offensività (vedasi par. 6.4), nonché con riguardo al sindacato di ragionevolezza (vedasi par. 10).

⁶¹⁴ 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, pp. 98-99.

⁶¹⁵ Si fa riferimento al divieto di sospensione condizionale della pena, alla facoltà di sostituzione della pena pecuniaria con la – ben più afflittiva – sanzione dell'espulsione, all'applicazione della pena principale (pecuniaria) subordinata all'efficacia dell'attività degli organi amministrativi preposti all'esecuzione delle espulsioni.

⁶¹⁶ 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, pp. 99-100.

principi di materialità e di necessaria offensività del reato⁶¹⁷.

Le argomentazioni della Corte, *prima facie* ineccepibili, prestano comunque il fianco a qualche obiezione.

Nonostante sia vero che - come argomenta la Corte - non si punisce, almeno apparentemente, lo straniero per il suo *status* di irregolare e che, di tal guisa operando, il legislatore utilizza uno schema utilizzato in molti settori dell'ordinamento, ove è normale che la sanzione penale (contravvenzionale) intervenga a punire le più rilevanti violazioni di una certa disciplina amministrativa⁶¹⁸, quando ancora il reato di clandestinità era in fase progettuale autorevole dottrina⁶¹⁹ si interrogava sulla consistenza di tale fattispecie, segnalando come la stessa richiedesse – *sic et simpliciter* – l'inosservanza di un dovere, costituito dal divieto di entrare o di trattenersi nel territorio dello Stato, a prescindere dalla concreta incidenza di tale condotta sull'attività amministrativa di controllo e gestione dei flussi migratori. In altre parole, di tal guisa ragionando “*si accolla al singolo extracomunitario una responsabilità incomparabilmente maggiore per un rischio che discende da comportamenti di molti altri soggetti terzi, cioè dal fatto altrui*” e ciò “*a prescindere da qualsiasi valutazione del caso concreto, basando la presunzione sulla tipologia nazionale e geopolitica degli autori*”⁶²⁰.

⁶¹⁷ Secondo i rimettenti, lo si rammenta, la fattispecie oggetto di scrutinio non punirebbe la commissione di un fatto materialmente offensivo di un bene giuridico, quanto piuttosto la “*mera condizione personale e sociale del migrante clandestino*”, così da risultare espressione di un diritto penale d'autore, in quanto tale incompatibile con il principio di un sistema penale democratico e liberale.

⁶¹⁸ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1384-1385.

⁶¹⁹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 126. L'A. evidenzia, in particolare, come non sia richiesta nessuna situazione concreta, diversa dalla violazione di un dovere, del divieto di ingresso o di permanenza per il clandestino extracomunitario. Prosegue l'A., “*Tipo d'autore e disobbedienza, anche qui, fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi migratori, in vista di interessi-scopo di sicurezza pubblica e ordine pubblico. La disobbedienza come tale, non giustifica nessun reato: è solo il collegamento col dovere, con l'obbligo o il precetto violati che struttura una legittimazione penalistica. E qui, ancora una volta, è essenziale alla scelta punitiva che si tratti di clandestini extracomunitari. Siamo nel solco classico di un diritto penale di polizia, di prevenzione e di sicurezza, dove però – questo è il dato caratterizzante e nuovo – l'attenzione al tipo d'autore prevale sul significato offensivo del fatto*”.

⁶²⁰ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 124. E così, com'è stato osservato, la pericolosità che viene in rilievo nell'opzione di criminalizzazione dell'immigrazione

Il vero nodo resta, quindi, la distanza tra la condizione di irregolarità dello straniero assunta a fatto rilevante e il bene giuridico finale⁶²¹.

Permane, in altre parole, più di un dubbio in ordine alla compatibilità con il diritto penale del fatto di una fattispecie, secondo molti, comunque incentrata sullo *status* di irregolarità, ineliminabile sino a che lo straniero si trattenga in Italia⁶²², con il risultato di “*punire solo apparentemente una condotta contraria alla legge, quando, in realtà, si sanziona lo straniero per il suo essere irregolare, posto che il comportamento che gli si rimprovera si identifica con la sua condizione esistenziale di migrante non in regola con la disciplina del soggiorno*”⁶²³.

clandestina è legata non già al singolo, bensì alla molteplicità di singoli coinvolti nei flussi migratori clandestini, con la conseguenza che “*la pericolosità dell'autore, dunque, non è più parametrata sulla singola persona, ma, alla stregua dei reati con pericolo seriale, sui grandi numeri; un tratto che oltre ad accollare al singolo extracomunitario irregolare una responsabilità anche per fatto altrui, denota l'eccentricità della scelta rispetto al modello individuale della responsabilità penale; è come se l'epidemiologia fosse assunta a parametro di valutazione della sussistenza di un “concreto” nesso di causalità*”. Così, 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, pp. 106-107.

⁶²¹ M. LA ROSA, “*Clandestinità e profili d'illegittimità costituzionale: Corte Cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte Cost. 8 luglio 2010 n. 250*”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1423. Da questo punto di vista, non è invero mancato chi ha evidenziato una sostanziale sovrapposizione tra bene giuridico e *ratio legis*: il bene oggetto di tutela immediata viene individuato dalla Corte nel controllo e nella gestione dei flussi migratori; la salvaguardia di tale bene intermedio è tuttavia funzionale alla tutela di una serie di beni finali, rappresentati dall'ordine e dalla sicurezza pubblica, dalla sanità pubblica, dai vincoli internazionali e dalla politica nazionale in materia di immigrazione. Tuttavia, il controllo dei flussi migratori e la disciplina degli ingressi e delle permanenze degli stranieri costituiscono, come riconosciuto dalla stessa Corte, una finalità immanente a tutte le norme contenute nel testo unico dell'immigrazione e così la *ratio legis* della norma incriminatrice (ma anche dell'intera disciplina sull'immigrazione) assurge essa stessa a bene giuridico, a parametro di controllo di costituzionalità, di tal guisa svuotando il principio di offensività di qualsivoglia attitudine critica e contenutistica. In altre parole, così ragionando, qualsiasi violazione delle norme in materia di immigrazione risulta – *naturaliter* – disfunzionale rispetto alle finalità perseguite dalla legge. Ma in tal modo, come detto, si sterilizza la portata critica e contenutistica del principio di offensività, ridotto a mero criterio di legittimazione dell'esistente. Sul punto, 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, p. 104

⁶²² Fra gli altri, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, p. 256.

⁶²³ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1385. Secondo l'A., da questo punto di vista, l'argomentare della Corte pare peccare di formalismo e ciò in quanto “*dietro il ricorso ad un consolidato schema di costruzione delle fattispecie contravvenzionali come violazione di discipline amministrative si cela la realtà di una norma che punisce lo straniero perché è irregolare, configurando davvero quel modello di diritto penale dell'autore evocato dal giudice a quo nella sua ordinanza di rimessione*”.

Secondo altra parte della dottrina, si potrebbe convenire con la riconduzione al diritto penale del fatto della sola condotta attiva dell'ingresso irregolare nel territorio dello Stato⁶²⁴; viceversa, la condotta omissiva solo apparentemente rispetterebbe i postulati del diritto penale del fatto, nella misura in cui, ad una valutazione più attenta, il fatto della permanenza illecita non potrebbe, nella maggior parte dei casi, essere riferito al soggetto in base agli ordinari criteri di imputazione colpevole, posto che l'omissione penalmente rilevante si configura non appena si consolida la violazione amministrativa, consistente nel venir meno (anche per ragioni non dipendenti dalla volontà del soggetto attivo) delle condizioni che legittimano la permanenza del medesimo soggetto sul territorio nazionale⁶²⁵.

Non si tratta, in ultima istanza, di individuare un bene giuridico oggetto di tutela, quanto piuttosto di stabilire se la lesione del bene individuato sia riconducibile ad una condotta dello straniero, o alla sua mera condizione soggettiva di clandestino⁶²⁶.

I giudici della Consulta avrebbero potuto mostrare maggior coraggio nel risolvere, altresì, un'altra questione sollevata dai rimettenti: si allude al mancato inserimento nell'art. 10 *bis* della clausola del giustificato motivo, presente nella formulazione della fattispecie di cui all'art. 14 comma 5 *ter* e della quale la stessa Corte aveva – in più occasioni – evidenziato l'importanza al fine di rendere compatibile tale ultima fattispecie con i principi di colpevolezza e proporzionalità.

⁶²⁴ M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 151. Secondo l'A., rispetto alla condotta attiva di ingresso ci sarebbe “*semmai da chiedersi se costituisca davvero una scelta ragionevole criminalizzare, non appena entrato nel territorio nazionale, persone che di solito hanno lasciato nella loro terra condizioni penose di vita e che hanno affrontato viaggi da miserabili per arrivare in Italia: queste considerazioni, però, attengono al piano della politica criminale, rispetto alle quali si riducono gli spazi per un intervento della Corte costituzionale?*”.

⁶²⁵ M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 151. Aggiunge l'A. che “*se alla impossibilità di definire una condotta colpevolmente riferibile al soggetto, si aggiunge la natura permanente della contravvenzione, ne risulta che la responsabilità penale non è più riferita a un fatto, ma ad uno status, quello di straniero irregolare?*”.

⁶²⁶ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1385.

La sentenza, da un lato, riconosce l'assoluta importanza della clausola in questione ai fini della legittimità costituzionale della fattispecie di cui all'art. 14 comma 5 *ter* ma, dall'altro, esclude che l'inserimento di una clausola siffatta sia indispensabile ai fini della conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione e, segnatamente, di quello oggetto di scrutinio⁶²⁷.

Si consideri, peraltro, come – con riferimento alla condotta di permanenza – la mancata previsione di un termine per l'adempimento renda ancor più pregnante la rilevanza dell'assenza di un giustificato motivo: difettando un termine legale entro cui allontanarsi, la clausola che subordina la punibilità all'assenza di un giustificato motivo sarebbe stata invero utilissima⁶²⁸.

Per altro verso, la motivazione della sentenza quasi rasenta l'ovvietà quando rammenta che *“la mancanza della clausola non impedisce che le esimenti generali trovino comunque applicazione”*⁶²⁹.

La Corte, fra l'altro, chiude sul punto con il richiamo alla dichiarazione di improcedibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 34 d. lgs. n. 274/2000 quale via di fuga per risolvere i casi marginali, istituto che, secondo taluno, si presta ancora una volta a essere lo strumento più idoneo e *“meno costoso”* per risolvere le situazioni di inesigibilità, comunque riconducibili alla più ampia clausola del giustificato motivo⁶³⁰.

È questo un passaggio della sentenza ove la Corte, più che altrove, sembra in qualche modo arrampicarsi sugli specchi⁶³¹. Lo strumento di moderazione

⁶²⁷ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1385.

⁶²⁸ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁶²⁹ La Corte, con ogni probabilità, si è resa conto della centralità, non solo della clausola del giustificato motivo, ma anche di un termine legale entro cui adempiere, laddove rammenta che *“rimane operante il basilare principio “ad impossibilia nemo tenetur” valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie”*, cercando in tal modo di far entrare dalla finestra quel che è uscito dalla porta principale. Sul punto, ancora, G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁶³⁰ M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 152.

⁶³¹ Com'è stato osservato, siffatta considerazione di chiusura *“nel tentativo di rendere più accettabile la norma censurata, individua nella clausola della particolare tenuità del fatto una sorta di succedaneo del giustificato motivo, quasi a disvelare la “cattiva coscienza” della Corte nel disattendere le*

previsto dall'art. 34 d. lgs. n. 274/2000, che la Corte suggerisce di utilizzare, esclude la procedibilità in situazioni assai differenti da quella che ci occupa: mal si concilia, invero, l'occasionalità del danno rispetto ad un reato permanente qual è illecito trattenimento, così come il pregiudizio per le esigenze di lavoro di uno straniero irregolare – che peraltro non può, in quanto tale, lavorare legalmente – difficilmente potrà essere valutato⁶³².

Un'ulteriore questione merita di essere richiamata, afferente alla paventata inutile duplicazione di procedimenti aventi il medesimo scopo, l'allontanamento dello straniero.

In questo caso, la Corte, da un lato, riconosce che le condotte integranti il reato *“erano e restano sanzionate in via amministrativa, con l'espulsione disposta dal prefetto ai sensi dell'art. 13, del d. lgs. 286 del 1998”* e, pertanto, riscontra *“una sovrapposizione – tendenzialmente completa – della disciplina penale a quella amministrativa”* e, dall'altro, ammette che, alla luce della complessiva configurazione della norma censurata, *“il legislatore mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito «subordinato» rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente”*.

Così ragionando, secondo la Corte, l'assetto normativo delineato dall'art. 10 *bis*⁶³³ non comporta necessariamente che il procedimento penale, eventualmente celebrato per il reato in esame, costituisca un mero duplicato del procedimento amministrativo di espulsione e ciò - si badi alla singolarità dell'argomentazione fornita dalla Corte - per la ragione che *“in un largo numero di casi non è possibile, per la P.A., dare corso all'esecuzione di provvedimenti espulsivi”*.

censure dei rimettenti; una clausola disciplinata nel procedimento dinanzi al Giudice di pace, la cui problematica applicazione ai reati di pericolo presunto non appare risolta dal veloce passaggio argomentativo della Consulta, e che, a differenza del giustificato motivo, che ritaglia la fattispecie penale a livello di tipicità, resta pur sempre un istituto processuale, il cui regime giuridico lascia intatta la dimensione sostanziale della fattispecie penale”. Così, 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, p. 101.

⁶³² G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁶³³ Si allude, ancora una volta, alla sentenza di improcedibilità per il caso di esecuzione del provvedimento ablativo amministrativo prima della celebrazione del processo per la contravvenzione oggetto di scrutinio e alla sostituzione dell'ammenda con l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva in caso di condanna.

In altre parole, poiché la P.A. fisiologicamente non riesce a dare esecuzione ai suoi provvedimenti, non si crea duplicazione di procedimenti tendenti allo stesso scopo, considerata anche la previsione dell'ammenda (che, peraltro, risulta sostituibile a sua volta con l'espulsione). Ma con affermazioni siffatte - è stato evidenziato - si rischia di confondere la patologia col sistema⁶³⁴.

Proseguendo nell'analisi dei punti di maggiore debolezza del pronunciamento in commento, è d'uopo richiamare la questione, invero già trattata, dei rapporti tra direttiva rimpatri e disciplina interna, tema solo evocato nella sentenza. Si è già detto che la questione avrebbe meritato, con ogni probabilità, più attenzione da parte della Corte, la quale - viceversa - si è trincerata dietro la mancata scadenza del termine per l'adeguamento degli ordinamenti nazionali alla direttiva, con ciò impedendo ogni questione sulla violazione interposta dell'art. 117 Cost. Il sostanziale *non liquet* della Corte, fondato - come detto - sul termine di scadenza della direttiva, oblitera, peraltro, del tutto la circostanza che la direttiva, una volta approvata e pubblicata, è efficace, ed impone al legislatore interno di non apportare modifiche normative in contrasto con il contenuto della stessa, in virtù del c.d. obbligo di fedeltà comunitaria⁶³⁵.

Va, peraltro, condivisa la motivazione della sentenza nella parte in cui evidenzia che il contrasto interesserebbe, non già la disposizione di cui all'art. 10 *bis*, quanto piuttosto - più in generale - l'assenza di gradualità nelle forme di allontanamento coattivo⁶³⁶.

Tanto detto in ordine a quelli che abbiamo detto essere i punti di maggiore

⁶³⁴ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, pp. 138-139. Prosegue l'A., "Peccato che scopo del legislatore non sia certo quello di raggranellare 5.000 o 10.000 euro dai clandestini", tanto che è la stessa sentenza a riconoscere che "la condizione di insolvibilità in cui assai spesso [...] versa il migrante e la difficoltà di convertire la pena rimasta ineseguita in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare, stante la problematicità di tali misure con la situazione personale del condannato, spesso privo di fissa dimora e che, comunque, non può risiedere legalmente in Italia". Secondo l'A., la Corte arriva, così argomentando, a riconoscere l'esito subordinato della sanzione penale rispetto all'espulsione, di tal guisa avallando, in ultima istanza, l'esistenza di un reato inutile.

⁶³⁵ 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, p. 102.

⁶³⁶ M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, pp. 152-153.

debolezza del pronunciamento, vengono in rilievo ulteriori profili di perplessità costituzionale, singolarmente non portati all'attenzione della Corte. Da un lato, si consideri come la criminalizzazione della permanenza irregolare, senza previsione di un termine per l'adempimento dell'indistinto obbligo di allontanamento, abbia di fatto reso penalmente illecita la condizione degli stranieri irregolari già presenti in Italia prima dell'introduzione del reato, ovvero con efficacia retroattiva⁶³⁷. Da questo punto di vista, la fattispecie di cui all'art. 10 *bis* disvelerebbe, secondo taluno, altresì una palese violazione del principio di legalità, nella declinazione dell'irretroattività della norma penale⁶³⁸. Sempre sul piano della mancanza di un termine per la condotta richiesta dalla norma (la cessazione della permanenza *contra ius* nel territorio dello Stato) potrebbe venire, altresì, in considerazione un profilo di contrasto della fattispecie incriminatrice rispetto al principio di inesigibilità e, dunque, una violazione dell'art. 27, comma 1 Cost. o, ancora, più in generale, una strutturale incompatibilità della fattispecie di soggiorno irregolare con il principio *ad impossibilia nemo tenetur*. La personalità della responsabilità penale prescritta dal citato art. 27 Cost., nella pregnante accezione del principio di colpevolezza accolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364/1988, garantisce, infatti, all'individuo che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per condotte dallo stesso "controllabili". La mancata previsione di un termine per l'azione prescritta, com'è evidente, impedisce tale "controllabilità" dell'azione prescritta dalla legge⁶³⁹.

⁶³⁷ Già il Presidente della Repubblica aveva segnalato, nella lettera inviata al Presidente del Consiglio, ai Ministri della Giustizia e dell'Interno, nel promulgare la legge n. 94/2009, come siffatta circostanza rendesse, di fatto, problematica la disposizione di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. Qui di seguito, l'inciso della nota relativo a quanto detto: "Mi riferisco alle disposizioni che hanno introdotto il reato di immigrazione clandestina (art. 1 commi 16 e 17). Esso punisce non il solo ingresso, ma anche il trattenimento nel territorio dello Stato. La norma è perciò applicabile a tutti i cittadini extracomunitari illegalmente presenti nel territorio dello Stato al momento della entrata in vigore della legge. Il dettato normativo non consente interpretazioni diverse: allo stato, esso apre la strada a effetti difficilmente prevedibili".

⁶³⁸ 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, p. 108.

⁶³⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 109.

Dall'altro lato, un'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale poteva essere sollevato: si allude alla violazione del principio rieducativo della pena. Da tale punto di vista, la ridotta, se non nulla, capacità dissuasiva rivestita dalla prevista pena pecuniaria è trasposta, come si è visto, sulla sanzione sostitutiva dell'espulsione, reale cifra sanzionatoria del reato di immigrazione clandestina, ed espressione, per tale via, di una finalità di mera prevenzione generale negativa⁶⁴⁰.

Ancora, non è stata oggetto di specifica analisi la questione della compatibilità della disposizione censurata con il principio di sussidiarietà e di *extrema ratio*, che viene in considerazione in ragione della quasi totale sovrapposizione venutasi a creare tra illecito penale e illecito amministrativo e della subordinazione della sanzione penale al raggiungimento di una finalità (l'allontanamento dello straniero irregolare) che è oggetto specifico della disciplina amministrativa⁶⁴¹. Il detto principio di sussidiarietà, come noto, postula che si ricorra alla sanzione penale solo laddove altri strumenti non siano in grado di garantire una tutela altrettanto efficace ad un dato bene giuridico esposto a determinate fonti di aggressione e, in quanto tale, dovrebbe presiedere ad ogni scelta di politica criminale. Così non è, secondo taluno, nel caso dell'art. 10 *bis*⁶⁴². Anzi, da questo punto di vista, *“per come è congegnata la disciplina dell'art. 10 bis t.u., la pena non costituisce una sanzione necessaria per assicurare tutela al suddetto bene giuridico”* e ciò in quanto, come più volte ribadito in altre sedi della presente riflessione, *“la vera sanzione per il reato di immigrazione clandestina è l'espulsione, che però è sanzione già prevista dal diritto amministrativo, negli stessi casi e con le stesse modalità di esecuzione”*⁶⁴³. In ultima istanza, *“un surplus*

⁶⁴⁰ 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, pp. 109-110.

⁶⁴¹ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1392.

⁶⁴² M. LA ROSA, *“Clandestinità” e controllo di costituzionalità: di nuovo ai blocchi di partenza*, in *Corriere del Merito*, 2010, p. 75.

⁶⁴³ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1334.

penalistico di cui non c'era affatto bisogno"⁶⁴⁴. E se, come riconosciuto dalla stessa Corte, si realizza una radicale subordinazione della tutela penale alle funzioni amministrative preordinate alla gestione dell'immigrazione irregolare o, per meglio dire, a determinate modalità di svolgimento di tali funzioni, una siffatta subordinazione non può che rappresentare, nonostante l'autorevole pronunciamento dei giudici della Consulta, un – ulteriore – sintomo della problematica individuazione di un valido fondamento giustificativo dell'incriminazione dell'immigrazione illegale⁶⁴⁵.

Tanto detto, è arrivato il momento di abbozzare una valutazione complessiva delle sentenze nei giudizi aventi ad oggetto, da un lato, l'aggravante di clandestinità e, dall'altro, la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

4. Coraggio e self restraint della Corte costituzionale

Tirando le fila del discorso, nell'intento - come detto - di abbozzare una valutazione delle due sentenze, più nel dettaglio analizzate, in materia di trattamento penale dell'immigrato irregolare, ovvero le sentenze n. 249/2010 e 250/2010, la sensazione è che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su due punti qualificanti del programma dell'allora compagine governativa in tema di sicurezza, abbia censurato quello più marcatamente illegittimo, probabilmente anche per le conseguenze in termini di aumento della popolazione straniera detenuta e comunque in quanto insuscettibile di operazioni di *maquillage* ermeneutico⁶⁴⁶, “*salvando*” il reato di clandestinità, con argomentazioni peraltro non sempre convincenti⁶⁴⁷.

La Corte perviene, infatti, ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, nel caso dell'aggravante, richiamando la categoria del diritto penale d'autore e

⁶⁴⁴ M. LA ROSA, “Clandestinità” e controllo di costituzionalità: di nuovo ai blocchi di partenza, in *Corriere del Merito*, 2010, p. 75.

⁶⁴⁵ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 102.

⁶⁴⁶ 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, p. 110.

⁶⁴⁷ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

comunque il contrasto, in modo plateale, con il principio di uguaglianza-ragionevolezza⁶⁴⁸, di tal guisa accogliendo gran parte delle argomentazioni sostenute nelle ordinanze dai giudici remittenti ed evocando appena la discrezionalità del legislatore, che ha invece rivestito, è ormai noto, un ruolo determinante nella sentenza n. 250/2010⁶⁴⁹.

Ed infatti, quando si è trattato di valutare la legittimità di sanzionare penalmente il soggiorno irregolare, la Corte, pur mostrandosi scettica circa la razionalità complessiva dell'opzione incriminatrice⁶⁵⁰, non è intervenuta in senso ablativo, nel rispetto della discrezionalità legislativa in materia di politica criminale e delle scelte in materia di controllo dei flussi migratori⁶⁵¹.

Come già evidenziato, già l'*incipit* dell'argomentazione della Corte, la sua premessa metodologica in base alla quale viene riaffermata l'insindacabilità delle scelte politiche del legislatore ancor prima di iniziare qualsivoglia scrutinio della norma oggetto di censura⁶⁵², sembra – in qualche modo – decifrarne il senso più autentico⁶⁵³. Appare già dalle prime battute del pronunciamento l'impressione di “*una decisione assunta prima e a prescindere dalle motivazioni sviluppate; una motivazione frutto della decisione, e non una decisione frutto della motivazione*”⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ Ciò era accaduto, in maniera non dissimile, quando si era trattato di dichiarare l'incostituzionalità del divieto, per lo straniero irregolare, di accedere alle misure alternative alla detenzione. Si allude alla già citata sentenza n. 78/2007.

⁶⁴⁹ P. PALERMO, *La “clandestinità”: storia di “evoluzioni” criminali*, in *Rivista Penale*, p. 820.

⁶⁵⁰ Fra le altre cose, la Corte riconosce la duplicazione dei procedimenti amministrativi e penali, nonché la ridotta capacità dissuasiva della pena pecuniaria; eppure, come si è visto, trincerandosi dietro l'insindacabilità nel merito delle scelte legislative, ascrive i profili di irrazionalità del sistema al perimetro dell'opportunità politico-criminale.

⁶⁵¹ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1393-1394.

⁶⁵² Insindacabilità che, peraltro, viene ribadita in altri passaggi, anche significativi della sentenza e, in particolare, a proposito del principio di offensività (vedasi par. 6.4), nonché con riguardo al sindacato di ragionevolezza (vedasi par. 10).

⁶⁵³ È stato già rilevato come la Corte, a mo' di premessa metodologica della sentenza sull'aggravante di costituzionalità, avesse voluto sottolineare, viceversa, che, in via generale, i diritti inviolabili spettano “*ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*”, soprattutto “*nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona*”.

⁶⁵⁴ 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, pp. 98-99.

La Corte conferma, pertanto, il suo tradizionale atteggiamento nel senso di un *self restraint* a garanzia della discrezionalità del legislatore, sulla base dell'assunto secondo il quale la decisione sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero sarebbe, in ultima analisi, ascrivibile al nucleo duro della sovranità dello Stato, che si traduce nel potere di controllare il territorio e presidiare le frontiere.

In tale direzione, la Corte aveva già, a più riprese, confermato che il limite della *political question* consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine a contenuto e struttura delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) siano manifestamente irragionevoli, ossia non riflettano l'*id quod plerumque accidit* (a pena di inammissibilità di ogni richiesta che esorbiti da questi argini rigorosi, segnati dall'art. 28 l. n. 87/1953)⁶⁵⁵.

Date queste premesse, è la sentenza n. 249/2010 a stagliarsi con nettezza e a potersi considerare in certa parte innovativa⁶⁵⁶, se non altro laddove si afferma la necessità che la norma penale superi un vaglio positivo di ragionevolezza per sottrarsi alle censure di illegittimità (non essendo sufficiente il mero riscontro che la medesima norma non appaia manifestamente irragionevole)⁶⁵⁷.

Si tratta, com'è stato già evidenziato, di una differenza di non poco conto: basti pensare che se "*l'asticella della costituzionalità*" fosse stata fissata così in alto, come ha fatto la Corte in questa occasione, avrebbe avuto esito diverso la decisione con la quale, viceversa, ha ritenuto di "*salvare*" l'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., utilizzando - come si è visto - un differente parametro di costituzionalità, quello della manifesta irragionevolezza⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, reperibile all'indirizzo web: www.diritto penale contemporaneo.it – consultato il 26.11.2014.

⁶⁵⁶ Esiste, in realtà, qualche precedente in tal senso, nell'ambito del quale la Corte ha dimostrato un certo ostracismo nei confronti di presunzioni di pericolo irragionevolmente radicate su mere condizioni o qualità soggettive, e poste a fondamento di peculiari discipline punitive. Si allude, fra le altre, alla già citata sentenza n. 78/2007, in tema di accesso degli immigrati alle misure alternative alla detenzione.

⁶⁵⁷ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1381.

⁶⁵⁸ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 1382. A dire il vero, secondo l'A., con ogni

A ciò si aggiunga - come detto - l'espedito argomentativo sapientemente utilizzato dalla Corte che, nel distinguere, già all'inizio della motivazione, tra questioni che abbiamo detto essere radicali (*id est*: quelle attinenti alla scelta di penalizzazione) e questioni aventi ad oggetto soltanto specifiche articolazioni della disciplina, riesce ad isolare alcuni indici di irrazionalità della disposizione (che essa stessa riconosce)⁶⁵⁹ ed a svalutarne il “*peso specifico*”, di tal guisa dilatando il varco, a larghezza variabile, della declaratoria di inammissibilità⁶⁶⁰.

Tanto considerato, i limiti di intervento della Corte in relazione all'art. 10 *bis*, almeno in parte, si giustificano con il rischio di entrare in ambiti da lasciare alle scelte politiche del potere legislativo⁶⁶¹.

Si è, pertanto, trattato di una scelta - necessariamente - compromissoria.

Una soluzione assai prudente, giustificata, forse, dalla considerazione che due pronunzie d'incostituzionalità - rese lo stesso giorno - su una materia così sensibile, sarebbero parse inopportune, soprattutto se inserite nel contesto politico di riferimento⁶⁶².

Anzi, secondo taluno, è stato proprio l'elevato impatto politico della normativa censurata a limitare la piena esplicazione dello scrutinio della Consulta⁶⁶³.

O ancora, potrebbe aver inciso la consapevolezza che la partita sull'art. 10 *bis* poteva essere riaperta, vista l'imminenza della scadenza del termine di recepimento della Direttiva 2008/115/CE, la più volte citata Direttiva

probabilità “*il giudizio di incostituzionalità dell'aggravante non sarebbe mutato anche adottando il parametro della manifesta irragionevolezza, vista la gravità degli elementi di irrazionalità evidenziati nella sentenza*”.

⁶⁵⁹ Si fa riferimento al divieto di sospensione condizionale della pena, alla facoltà di sostituzione della pena pecuniaria con la - ben più afflittiva - sanzione dell'espulsione, all'applicazione della pena principale (pecuniaria) subordinata all'efficacia dell'attività degli organi amministrativi preposti all'esecuzione delle espulsioni.

⁶⁶⁰ 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, pp. 99-100.

⁶⁶¹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 258.

⁶⁶² G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁶⁶³ 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, p. 109.

rimpatri⁶⁶⁴.

Di lì a poco, si sarebbe, infatti, aperto un nuovo e più intenso terreno di questioni, da portare all'attenzione, stavolta, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

5. Conclusioni parziali

La disamina dei dati sinora raccolti ci permette, a questo punto della riflessione, di avanzare qualche osservazione: si tratta adesso di capire se e come la Corte costituzionale abbia offerto una qualche risposta agli interrogativi già posti nell'ambito della presente riflessione.

Ci si è già chiesti e ci si chiede nuovamente adesso: quale effetto di scoraggiamento, di distoglimento, di reale deterrenza può avere la minaccia della, pur corposa, pena pecuniaria verso chi non possiede nulla⁶⁶⁵? La prospettiva di un processo a piede libero, destinato a concludersi con una sanzione pecuniaria, con ogni probabilità puramente cartacea, è in grado – concretamente – di intimorire persone pronte a rischiare tutto pur di sfuggire alla miseria della propria condizione presente⁶⁶⁶? E ancora, la vera sanzione comminata è l'ammenda o, piuttosto, la sanzione sostitutiva dell'espulsione⁶⁶⁷? Si tratta, in ultima istanza, di una fattispecie con valenza esclusivamente simbolica? O dietro tale incriminazione si nascondono ragioni diverse da autentiche motivazioni politico-criminali? In altre parole, esistono ragioni politiche in senso stretto per arrivare a criminalizzare l'immigrazione *tout court*, con quella che Luigi Ferrajoli ha icasticamente definito “*la legge più indegna della*

⁶⁶⁴ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁶⁶⁵ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

⁶⁶⁶ L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

⁶⁶⁷ Si è già osservato come, secondo taluno, non sia peregrino pensare che la vera sanzione di questo reato non sia l'ammenda quanto piuttosto la sanzione sostitutiva dell'espulsione. Così, A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione Penale*, 2011, pp. 446 e ss.

storia della Repubblica”⁶⁶⁸?

Ebbene, si ritiene in questa sede che, nonostante l'autorevole avallo della Corte costituzionale, che ha dato una sorta di “*patente di legittimità*” al reato di clandestinità, permangano molte delle perplessità avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, soprattutto se si considerano le ricadute in termini di tutela dei diritti fondamentali, non solo e non tanto dell'art. 10 *bis*, quanto piuttosto dell'assetto complessivo della disciplina dell'immigrazione voluto dall'allora compagine governativa⁶⁶⁹.

Uno sguardo cursorio alle misure introdotte in materia amministrativa che, come noto, sono capaci di incidere in maniera assai rilevante sulle condizioni di vita dei clandestini presenti nel nostro Paese, relegandoli sempre più ai margini della convivenza civile⁶⁷⁰, completa infatti, come si è visto, il quadro complessivo della disciplina italiana dell'immigrazione irregolare.

Nel complesso, l'obiettivo del legislatore del 2009 non sembra solo quello di garantire una più rapida espulsione dello straniero clandestino, ma anche – forse soprattutto – quello di determinare il suo progressivo isolamento sociale, ben oltre la soglia cui la sua condizione già lo condanna.

La dottrina si confronta ormai da tempo con l'ingombrante e discussa figura di un “*diritto penale del nemico*” o di un “*diritto penale di lotta*” e, come ricordato, con le categorie del “*diritto penale dell'esclusione e dell'indebolimento*”. Non a caso, a detta di molti, tali figure hanno trovato uno dei terreni più fecondi ed una delle più rigogliose propaggini normative proprio nel diritto penale dell'immigrazione, per sua natura separato ed incompatibile con il sistema garantistico riservato al cittadino⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 14.

⁶⁶⁹ P. PALERMO, *La “clandestinità”: storia di “evoluzioni” criminali*, in *Rivista penale*, 2010, p. 824.

⁶⁷⁰ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 81.

⁶⁷¹ A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.10.2013.

Ad ogni modo, se l'intenzione del legislatore era – come sembra – quella di fare terra bruciata attorno al clandestino, con ogni probabilità, almeno in parte, quello stesso legislatore ha colto nel segno, con una normativa che oltre a non essere ineccepibile dal punto di vista dell'opportunità, non lo è, come si è visto, dal punto di vista della legittimità costituzionale⁶⁷².

Tuttavia, la pur breve disamina della giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione e la più attenta analisi delle sentenze rese nei giudizi aventi ad oggetto, da un lato, l'aggravante di clandestinità e, dall'altro, la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., permettono di avanzare un'osservazione ulteriore.

Le variegate questioni di legittimità costituzionale sollevate da tribunali e uffici del giudice di pace di molti uffici giudiziari sparsi per l'Italia su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, oltre ad aver fatto cadere alcune delle disposizioni più marcatamente illegittime, danno conto di una domanda di controllo di costituzionalità tanto diffusa da poter essere essa stessa ritenuta un indicatore significativo della difficile compatibilità delle innovazioni normative intervenute con molti parametri costituzionali⁶⁷³.

In altre parole, nonostante sia necessario riconoscere alla Corte costituzionale, nonostante tutto, indubbi e grandi meriti, il piano applicativo, quello dei giudici di merito, giorno dopo giorno chiamati ad applicare le norme, ha avuto un ruolo altrettanto importante ai fini dell'attuazione, con una fisionomia sempre

⁶⁷² L'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione ha permesso, infatti, di constatare come la normativa *de qua* sia, già da tempo, sotto assedio e stia lentamente cadendo sotto i colpi inesorabili sia della giurisprudenza costituzionale sia, come si vedrà nel capitolo successivo, di quella comunitaria. Per quanto concerne le scelte censurate dalla Corte Costituzionale, fra le sentenze più significative (già analizzate nel presente capitolo), si richiamano: la n. 249/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della circostanza aggravante legata alla clandestinità; la n. 359/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5 *quater* T.U. I.M.M., nella parte in cui consente la punizione dello straniero il quale, pur destinatario di un provvedimento di espulsione e conseguente ordine di allontanamento, continui a restare sul territorio ma per un "*giustificato motivo*"; la n. 245/2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione del codice civile che richiedeva il possesso di permesso di soggiorno per poter contrarre matrimonio.

⁶⁷³ P.L. DI BARI, *La difficile tenuta costituzionale del nuovo reato di c.d. clandestinità alla prova della giurisprudenza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, p. 126.

nuova, del principio di uguaglianza. Come un campo di forze che convivono e s'influenzano l'un l'altra, ove il diritto penale come veicolo di discriminazione diviene, in qualche modo, strumento di integrazione: un diritto che, al suo interno, trova i suoi stessi anticorpi⁶⁷⁴.

E ciò vale, altresì, per ciò che concerne la compatibilità comunitaria dell'art. 10 *bis*, in riferimento alla quale, lo si è già evidenziato, la sensazione è che la Corte costituzionale abbia - di fatto - deciso di non decidere.

Da qui l'auspicio che la questione, non trattata dai giudici della Consulta, venisse portata - come in concreto è accaduto - all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea da quegli stessi giudici di merito chiamati ad applicare le disposizioni interne ma, altresì, quelle di derivazione comunitaria.

Date queste premesse, almeno da questo punto di vista, era lecito aspettarsi che la partita non potesse ritenersi completamente chiusa.

⁶⁷⁴ In altre parole, il fatto stesso che la norma sia stata immediatamente ritenuta di difficile interpretazione e carente di ragionevolezza dimostra, al di là dell'esito del quesito sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale, che il sistema (in particolare i giudici di merito) ha reagito con prontezza di fronte ad una scelta legislativa di dubbia legittimità, quanto meno sotto l'aspetto dell'uguaglianza. In tal senso, R. CRUPI, *Trattamento differenziato tra cittadini e stranieri: crisi del principio di uguaglianza e strumenti penali per l'integrazione*, (Relazione provvisoria per la Tavola Rotonda "La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale" – Modena, 27-28 novembre 2014).

CAPITOLO V

Compatibilità dell'art. 10 *bis* d. lgs. 286/1998

rispetto al diritto dell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *L'architettura della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero.* – 3. *Scadenza del termine, mancato recepimento e intervento (demolitore) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il caso El Dridi.* – 3.1. *Un intervento non più procrastinabile: l'attuazione (de minimis) della Direttiva rimpatri.* – 4. *Il caso Achughbabian: la Corte si pronuncia sulla compatibilità comunitaria del "reato di clandestinità" previsto dall'ordinamento francese.* – 5. *Il caso Sagor: la Corte si pronuncia sulla compatibilità comunitaria del "reato di clandestinità" previsto dall'ordinamento italiano.* – 5.1. *La sanzione sostitutiva dell'espulsione e la Direttiva rimpatri.* – 5.2. *La convertibilità della pena pecuniaria nell'obbligo di permanenza domiciliare e la Direttiva rimpatri.* – 5.3. *Un bilancio.* – 5.4. *Il caso Mbaye: la Corte di Giustizia conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10 bis.* – 5.5. *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alla sentenza Sagor.* – 6. *Conclusioni parziali: utilità dell'approccio della Corte di Giustizia fondato sulla preservazione dell'efficienza del sistema.*

1. *Premessa*

Scopo del precedente capitolo è stato quello di analizzare, da un lato, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di immigrazione⁶⁷⁵ e, dall'altro, la compatibilità della fattispecie di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. con i principi costituzionali, esaminando, volta per volta, i singoli profili di possibile illegittimità e le “risposte” offerte dalla Corte costituzionale⁶⁷⁶.

Oggetto del presente capitolo sarà, invece, l'enucleazione dei punti di frizione fra il c.d. reato di clandestinità e la normativa comunitaria in materia e, segnatamente, rispetto alla nota Direttiva rimpatri.

L'analisi della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si è occupata della compatibilità comunitaria della contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato⁶⁷⁷ sarà, peraltro, preceduta da una breve riflessione circa l'impatto - sempre più marcato - da parte del diritto dell'Unione Europea sulle norme penali in materia di immigrazione.

Dopo la scadenza, nel dicembre 2010, del termine di attuazione della Direttiva rimpatri e, soprattutto, dopo l'intervento della Corte di Giustizia nell'aprile del 2011 con la sentenza *El Dridi*⁶⁷⁸, il diritto penale dell'immigrazione - tradizionalmente poco frequentato dalla dottrina - è, con ogni probabilità, diventato il terreno principale su cui verificare l'impatto, mai sino ad allora così

⁶⁷⁵ Limitando l'attenzione alla dimensione specifica relativa alla condizione giuridica degli extracomunitari immigrati vista sul piano delle conseguenze sistemiche del principio di uguaglianza, si è optato - lo si rammenta - per l'analisi di tre diversi filoni: quello delle libertà civili e dei diritti sociali; quello relativo ai principi penalistici ed alle garanzie processuali su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione illegale; nonché, da ultimo, quello relativo alle scelte legislative che riguardano la politica dell'immigrazione. Solo stati esaminati, per ciascuno dei filoni indicati, gli approdi della giurisprudenza costituzionale.

⁶⁷⁶ È stata data, in realtà, particolare attenzione a due pronunce della Corte Costituzionale: la sentenza n. 249/2010 che ha decretato l'illegittimità della c.d. aggravante di clandestinità e la sentenza n. 250/2010 che ha, viceversa, “salvato” il c.d. reato di clandestinità.

⁶⁷⁷ Si tratta della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea 6 dicembre 2012 (C-430/11), *Sagor*.

⁶⁷⁸ La Corte di Giustizia è, in particolare, intervenuta in merito alla compatibilità del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emanato dal questore, ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter T.U. I.M.M. con la Direttiva rimpatri, con la sentenza del 28 aprile 2011 (C-61/11 P.P.U.). Sull'impatto, invero dirompente, della sentenza *de qua* si focalizzerà l'attenzione nei paragrafi che seguono.

significativo, del diritto dell'Unione sul sistema penale interno⁶⁷⁹.

L'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia che verrà condotta nel presente capitolo permetterà di delineare, non solo cosa resti, oggi, del reato di clandestinità, quanto piuttosto cosa rimanga, più in generale, dell'impianto punitivo centrato sulla pena detentiva per lo straniero irregolare che ha caratterizzato la politica criminale a tutela della sicurezza pubblica a partire dalla legge Bossi-Fini del 2002.

Ma per comprendere appieno la portata di quanto appena detto, occorre fare un passo indietro. Bisogna, nuovamente, focalizzare l'attenzione sull'intelaiatura generale della Direttiva rimpatri.

2. L'architettura della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero

La Direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (c.d. Direttiva rimpatri) è stata oggetto di accesi dibattiti, sia durante la sua elaborazione che, in seguito, dopo l'approvazione dell'atto.

L'*iter* che ha condotto all'adozione di tale direttiva è stato lungo e travagliato⁶⁸⁰, soprattutto a causa dell'opposizione di molti Stati: varie le obiezioni sollevate nonostante il fatto che la Direttiva sia, tra gli atti tipici, la misura che - come noto - meno vincola gli Stati membri⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la Direttiva rimpatri*, reperibile al l'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.11.2013.

⁶⁸⁰ Basti pensare che la Commissione aveva presentato una proposta di direttiva nel settembre del 2005 e che, a dispetto dell'approvazione in prima lettura, il Parlamento e il Consiglio europeo hanno raggiunto un accordo dopo intense e concitate trattative. Già nel corso dei lavori preparatori, infatti, erano emerse due posizioni radicalmente opposte: quella del Consiglio, che metteva l'accento sulla necessità di misure repressive, che consentissero agli Stati membri di reagire efficacemente agli ingressi illegali sul territorio nazionale; e quella del Parlamento europeo, tesa invece a tutelare appieno i diritti delle persone sottoposte alla procedura di allontanamento. Tre anni di negoziati hanno prodotto un testo di compromesso (fra le esigenze contrapposte ora indicate). Sul punto, F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p.16.

⁶⁸¹ E questa è una delle ragioni per le quali il livello di armonizzazione che ne è derivato risulta, nel complesso, modesto. Di tale avviso, fra gli altri, C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 148.

Sin dall'inizio, è emersa l'esistenza di due poli contrapposti: da un lato, quello dell'efficienza del sistema di rimpatrio e, dall'altro, quello della tutela dei diritti fondamentali dello straniero⁶⁸².

Tanto detto, sul piano dei contenuti, l'architettura della Direttiva rimpatrio presenta un nucleo di norme obbligatorie, in relazione alle quali gli Stati possono esercitare la discrezionalità tipica della direttiva, che si affianca, da un lato, a un gruppo di norme che si limitano a stabilire obiettivi da raggiungere e, dall'altro, ad una clausola di salvaguardia delle norme più favorevoli⁶⁸³. Molte norme sono formulate in termini di opzioni e lasciano liberi gli Stati di adottarle o meno, o di scegliere tra una pluralità di soluzioni alternative⁶⁸⁴.

Già da queste brevi considerazioni, emerge, in tutta evidenza, la - potenziale - scarsa attitudine armonizzatrice della direttiva *de qua*, vieppiù se si analizza l'ambito di applicazione della stessa, delineato dall'art. 2.

Dopo l'esordio che sancisce l'applicazione generalizzata ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in soggiorno irregolare, viene - infatti - riconosciuta agli Stati la facoltà di escluderne l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi «*sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare o che non abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione al soggiorno*» (art. 2, par. 2, lett. a). Ancora, l'art. 2, comma 2, lett. b, consente di escludere dall'ambito di applicazione della stessa «*gli stranieri sottoposti a rimpatrio come*

⁶⁸² L'analisi della giurisprudenza comunitaria permetterà, da questo punto di vista, di saggiare quale sia stata la chiave di lettura privilegiata dalla Corte di Giustizia: in altre parole, se sia prevalsa una chiave di lettura nel senso dell'efficienza del sistema di rimpatrio ovvero nel senso della tutela dei diritti fondamentali dello straniero.

⁶⁸³ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 12.

⁶⁸⁴ Merita di essere segnalato come gli Stati possano, inoltre, mantenere in vigore le normative nazionali se più favorevoli, purché non contrastino con gli scopi della Direttiva (art. 4), il che potrebbe essere positivo per quegli Stati che presentano *standard* di tutela dei diritti umani più elevati. Nella sostanza, la disciplina contenuta nella Direttiva non mira ad innalzare il livello dei diritti garantiti ai cittadini di Paesi terzi, bensì a predisporre una disciplina a carattere orizzontale, a prescindere dalla circostanza che sia più o meno favorevole rispetto a quella già in vigore negli Stati membri. È, dunque, possibile che lo *standard* di tutela dei diritti previsto a livello dell'Unione sia inferiore rispetto a quello dei singoli Stati membri in materia. Per considerazioni in merito alla scarsa attitudine armonizzatrice della Direttiva 115/2008 si rinvia a C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, pp. 147 e ss.

sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione». È questa una clausola di esclusione introdotta durante l'esame della proposta e il cui obiettivo appare chiaro: evitare che la direttiva interferisca con provvedimenti di espulsione disposti dall'autorità giudiziaria nazionale a conclusione di procedimenti penali⁶⁸⁵.

Tanto detto in punto di ambito di applicazione, per ciò che concerne le modalità di allontanamento, il punto di equilibrio - fra i due poli di cui si è detto - è stato raggiunto introducendo un meccanismo di espulsione a «*intensità graduale crescente*»⁶⁸⁶, che offre allo straniero la possibilità di rimpatrio volontario, ma permette poi agli Stati di eseguire l'allontanamento in modo coattivo, con strumenti via via più restrittivi della libertà personale⁶⁸⁷.

Più nello specifico, ai sensi dell'art. 6, ogni straniero che soggiorni in modo irregolare deve essere soggetto ad una decisione di rimpatrio, salva l'ipotesi in cui possa essere ammesso in un altro Stato membro. Una volta che sia accertato che il soggiorno è irregolare alla luce della normativa nazionale, la Direttiva provvede a stabilire quali siano le modalità del rimpatrio.

In base all'art. 7, l'esecuzione della decisione di rimpatrio è, di regola, affidata, all'istituto della partenza volontaria: è la stessa decisione di rimpatrio a fissare un periodo congruo – di durata compresa tra i sette e i trenta giorni – per la partenza volontaria dello straniero. Per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti allo straniero obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga⁶⁸⁸. Ancora, se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o

⁶⁸⁵ Una siffatta clausola di esclusione può determinare, com'è in concreto accaduto, una limitazione considerevole dell'ambito di applicazione della Direttiva, *a maiori se* riferita anche alla sanzione penale conseguente al reato d'ingresso irregolare. Sul punto, C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 149.

⁶⁸⁶ Espressione utilizzata da C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cassazione Penale*, 2011, p. 2789.

⁶⁸⁷ F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, pp. 16-17.

⁶⁸⁸ In base al citato art. 7, possono, in particolare, essere imposti: l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo.

fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o imporne uno inferiore a sette giorni.

Pertanto, nella disciplina dettata dalla Direttiva rimpatri, da un lato, la modalità ordinaria di esecuzione del rimpatrio non ha carattere coercitivo, dall'altro, forme coercitive possono essere disposte solo sulla base di una valutazione individualizzata relativa allo specifico caso⁶⁸⁹.

Un cenno va fatto, da ultimo, alla connessa disciplina del trattenimento ai fini dell'allontanamento. La durata del trattenimento non può, di regola, superare i sei mesi ma, in caso di mancata cooperazione da parte dello straniero o - si badi - di ritardi nell'ottenimento della documentazione necessaria dai paesi terzi, può essere prorogata di ulteriori dodici mesi⁶⁹⁰. Nonostante nell'architettura della Direttiva il trattenimento, almeno formalmente, non possa essere considerato la modalità normale attraverso la quale eseguire una decisione di allontanamento, il contenuto dell'art. 15 ha rappresentato uno dei profili più controversi e criticati della Direttiva, in considerazione della durata del trattenimento, come detto, estendibile fino a diciotto mesi⁶⁹¹.

Tanto detto, può dirsi che gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva rimpatri sembrano, sostanzialmente, due: l'efficacia – il “*buon esito*” – delle procedure di rimpatrio; la tutela dei diritti fondamentali dello straniero – compresa la libertà

⁶⁸⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

⁶⁹⁰ Come rilevato da più parti, una detenzione amministrativa protratta – anche per cause del tutto indipendenti dalla volontà dell'interessato – per diciotto mesi, rileva non solo un'armonizzazione *de minimis*, ma anche un'armonizzazione al ribasso sul piano dei diritti fondamentali dello straniero. Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

⁶⁹¹ Secondo alcuni, tale direttiva ha, nei fatti, consolidato un processo di regressione nella tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione Europea, provocando una profonda erosione dei diritti e delle libertà, compromettendo la stessa tenuta delle istituzioni dello Stato di diritto. Si è parlato, a tale proposito di “*Direttive dell'infamia*” e di “*Direttiva della vergogna*”. Sul punto, si rinvia a H.C. SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersone nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss. (trad. it a cura di Giuseppe Campesi) e a C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 147.

personale – nell’ambito delle procedure di rimpatrio⁶⁹².

Il punto di equilibrio fra efficienza del sistema e diritti della persona è stato raggiunto, come detto, introducendo una certa gradualità nell’applicazione delle misure coercitive ma ciò, come si dimostrerà a breve, non ha eliminato la tensione tra tali due poli. Anzi, siffatta tensione si è poi scaricata, com’è stato osservato, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁹³.

Si rinvia ai paragrafi che seguono la motivazione dell’assunto.

3. Scadenza del termine, mancato recepimento e intervento (demolitore) della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Il caso El Dridi

La maggior parte dei Paesi membri, Italia compresa, ha lasciato spirare il termine per il recepimento della Direttiva rimpatri⁶⁹⁴.

Per ciò che concerne in particolare l’Italia, era evidente, già al momento della scadenza del termine di recepimento, come le disposizioni della direttiva - incentrate, fra le altre cose, sul riconoscimento, in capo al destinatario di una decisione di rimpatrio, di un «diritto» alla concessione di un termine per la partenza volontaria⁶⁹⁵ - fossero in irriducibile contrasto con la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana, la quale, non soltanto non prevedeva la concessione di un termine per la partenza volontaria, ma al contrario stabiliva la regola, per così dire ordinaria, dell’immediata esecutività

⁶⁹² G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità” (art. 10 bis T.U. I.M.M.) e la “Direttiva Rimpatri”*, reperibile all’indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

⁶⁹³ F. SPITALERI, *L’interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 18.

⁶⁹⁴ Il che è avvenuto nella consapevolezza dei rischi cui si andava incontro in caso di mancato recepimento. Secondo taluno, si è trattato di manifestare, anche in fase di recepimento della normativa europea, una sorta di disappunto per l’ingerenza – considerata oramai pervasiva – del diritto dell’Unione anche in un ambito tradizionalmente di spettanza statale, qual è quello dell’immigrazione. Così, M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, reperibile all’indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.02.2012.

⁶⁹⁵ Parla di «diritto» alla concessione di un termine per la partenza volontaria, C. RENOLDI, *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all’espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della “direttiva rimpatri” e l’entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 57.

dell'espulsione. Inoltre, nei casi di mancata esecuzione della procedura espulsiva, l'ordinamento italiano prevedeva l'applicazione di misure detentive di natura penale, come quelle previste dagli art. 14 comma 5 *ter* e *quater* T.U. I.M.M., in radicale contrasto con l'impostazione fatta propria dalla direttiva⁶⁹⁶. Il risultato di tale impostazione – fra l'altro indicativa dell'atteggiamento assunto dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea – è stato quello di provocare un intervento della Corte di Giustizia che ha, di fatto, demolito la parte più significativa delle norme penali italiane volte a colpire, con pena detentiva, gli immigrati irregolari renitenti al rimpatrio⁶⁹⁷.

In particolare, l'occasione si è presto presentata in relazione al reato di inottemperanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, allora punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni,

⁶⁹⁶ I maggiori profili di contrasto tra la direttiva e il testo unico dell'immigrazione – prontamente rilevati in dottrina – erano, in particolare, i seguenti: come detto, il testo unico configurava come regola l'accompagnamento coattivo alla frontiera mentre la direttiva prevede come regola il rimpatrio volontario, con la concessione di un termine compreso tra i sette e i trenta giorni per la partenza; nel caso di impossibilità di eseguire l'accompagnamento coattivo, il testo unico prevedeva che venisse disposto il trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, senza che fossero previste misure coercitive meno lesive della libertà personale, in contrapposizione all'ottica gradualistica cui è invece informata la direttiva (che prevede la possibilità che lo straniero sia sottoposto a misure limitative meno restrittive come l'obbligo di presentarsi periodicamente all'autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna dei documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo); nell'ipotesi in cui non fosse nemmeno possibile procedere al trattenimento, il testo unico prevedeva che venisse notificato allo straniero un ordine di allontanamento emanato dal questore, da adempiere nel termine di cinque giorni per lasciare il territorio nazionale che a sua volta era inferiore al detto termine, minimo di sette giorni, previsto dalla direttiva; ancora, come detto, il testo unico, all'art. 14, comma 5 *ter* e *quater*, introduceva un meccanismo che consentiva la detenzione dello straniero in un istituto penitenziario per un periodo che poteva risultare superiore al limite massimo di diciotto mesi fissato dalla direttiva per il trattenimento in un centro di permanenza temporanea o in un istituto penitenziario, in conseguenza della mera inosservanza dell'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato, non accompagnata da altre condotte criminose; infine, l'obiettivo ultimo della direttiva, ossia quello di un'espulsione "*rapida e indolore*", pareva frustrato dal fenomeno c.d. delle incriminazioni a catena: impossibilità di eseguire l'espulsione - ordine di allontanamento del questore - inosservanza e successiva reclusione - nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera - accompagnamento tendenzialmente impossibile – nuovo trattenimento in un C.I.E. - nuovo ordine di allontanamento - sanzione ai sensi dell'art. 14, comma 5 *quater* eccetera. Insomma, era già di tutta evidenza la distanza tra l'impianto disegnato dalla direttiva e quello, di carattere eminentemente repressivo, previsto dalla normativa italiana in materia di immigrazione.

⁶⁹⁷ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, p. 800.

sulla compatibilità del quale con la direttiva si è espressa, in data 28.04.2011, la Corte di Giustizia con la sentenza resa nel procedimento C-61/11 (caso *El Dridi*)⁶⁹⁸.

Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia erano sostanzialmente due. In particolare, se alla luce dei principi di leale collaborazione all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino:

- a) alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata, con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente;
- b) alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa⁶⁹⁹.

La Corte di Giustizia, dopo aver ricostruito il quadro normativo della questione, rammenta come, in via generale, la Direttiva rimpatri stabilisca

⁶⁹⁸ Il signor *El Dridi* è un cittadino di un paese terzo entrato illegalmente in Italia e privo del necessario permesso di soggiorno. In data 8.05.2004 il prefetto di Torino ha emanato nei suoi confronti un decreto di espulsione. In esecuzione di tale decreto, in data 21.05.2010, il questore di Udine ha emesso un ordine di allontanamento dal territorio nazionale motivato dall'indisponibilità di un vettore o di altro mezzo di trasporto, nella mancanza di documenti di identificazione del signor *El Dridi*, nonché dall'impossibilità di ospitarlo in un centro di permanenza temporanea per mancanza di posti nelle apposite strutture. Da un controllo effettuato in data 28.09.2010 è stato constatato che il signor *El Dridi* non si era conformato a detto ordine di allontanamento. Lo stesso viene, pertanto, condannato dal Tribunale monocratico di Trento alla pena di un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter* T.U. I.M.M. Il signor *El Dridi* ha impugnato tale decisione dinnanzi alla Corte d'appello di Torino, la quale, dubitando della compatibilità di un siffatto meccanismo rispetto alla Direttiva rimpatri, ha preferito rinviare la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in via pregiudiziale, ritenendo più opportuno sospendere il processo e rinviare gli atti, ai sensi dell'art 267 T.F.U.E., affinché il giudice comunitario chiarisse il dubbio in ordine all'interpretazione, in particolare, degli artt. 16 e 17 della direttiva.

⁶⁹⁹ In altre parole, alla Corte viene chiesto di chiarire se sia contraria alla Direttiva rimpatri la normativa di uno Stato membro che preveda la reclusione del cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio nazionale, vi si trattenga senza giustificato motivo.

“*norme e procedure comuni*”, fissando con precisione la procedura che ogni Stato membro è tenuto ad applicare al rimpatrio, e come, dall’economia generale della stessa direttiva, discenda per gli Stati membri la possibilità di derogare a tali norme e procedure solo introducendo o mantenendo disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare rispetto a quelle stabilite dalla direttiva, giammai applicando norme più severe nell’ambito disciplinato dalla stessa⁷⁰⁰.

Fatta questa premessa, la Corte di Giustizia richiama la sua costante giurisprudenza in base alla quale “*qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non l’abbia recepita correttamente, i singoli sono legittimati a invocare contro detto Stato membro le disposizioni di tale direttiva che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise*”⁷⁰¹. Questi caratteri connotano – a parere della Corte – anche gli articoli 15 e 16 della direttiva che regolamentano “*strettamente*” le misure che devono essere prese “*per dare esecuzione ad una decisione di rimpatrio*” e che “*vanno dalla meno restrittiva per la libertà dell’interessato*”, vale a dire la concessione di un termine per la partenza volontaria, a quella “*che maggiormente limita la sua libertà*”, che consiste nel trattenimento in apposito Centro. Presentandosi sufficientemente precise e incondizionate, le disposizioni di cui agli articoli 15 e 16 della direttiva producono pertanto effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri inadempienti.

Ciò posto, la Corte entra nel vivo della decisione stabilendo, in particolare, che “*gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all’insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all’accompagnamento coattivo conformemente all’art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista dall’art. 14, comma 5 ter, del*

⁷⁰⁰ GAROFOLI, *Il diritto penale dell’immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, pp. 661-662.

⁷⁰¹ La Corte, così argomentando, destituisce di fondamento la questione relativa all’asserita incompetenza dell’Unione in materia penale. I giudici comunitari si premurano, a tale riguardo, di precisare che “*se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il diritto dell’Unione*” e, in particolare, gli Stati “*non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest’ultima del suo effetto utile*”. Affermazioni, queste, di non poco momento.

decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale” dovendo, al contrario, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio.

Più in particolare, la Corte rileva che una pena siffatta, in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, “rischia di compromettere la realizzazione dell’obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l’instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare”, considerato che una normativa nazionale di tal fatta può persino ostacolare l’applicazione delle misure di rimpatrio o ritardarne l’esecuzione.

Concludendo, la Corte stabilisce fermamente che “al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell’Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l’art. 14, comma 5 ter, di tale decreto legislativo”⁷⁰².

E, pertanto, la questione pregiudiziale è risolta dichiarando che “la direttiva 2008/115, in particolare gli artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare

⁷⁰² La Corte dedica, altresì, un inciso alla questione, invero di fondamentale importanza, della possibilità di applicare retroattivamente le disposizioni della direttiva, in relazione agli ordini di allontanamento emessi prima della scadenza del termine. In particolare, nel disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la direttiva, “il giudice del rinvio dovrà tenere conto del principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni comuni agli Stati membri” e, pertanto, la determinazione finale del giudice deve pur sempre essere ispirata al principio del *favor rei*, non potendosi pervenire a soluzioni antitetiche (condanna o assoluzione) a seconda dei diversi approdi interpretativi emersi in seno al dibattito sulla successione mediata di norme (ovvero a seconda che l’ordine di allontanamento sia mero presupposto del fatto o, al contrario, elemento integrativo della fattispecie). Per un’attenta ricostruzione dell’impatto della sentenza *El Dridi* sui giudicati di condanna già intervenuti, vedasi, GAROFOLI, *Il diritto penale dell’immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 663, nonché a C. RENOLDI, *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all’espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della “direttiva rimpatri” e l’entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 63.

entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo”.

Dunque, l’art. 14, comma 5 *ter* si rivelava, a parere della Corte, ostativo ad un efficace sistema di rimpatrio: da qui la sua illegittimità.

In chiusura, preme rilevare come la Corte – nel decretare l’illegittimità della disciplina italiana – sembra, nella sostanza, aver privilegiato un approccio efficientista: il *focus* non è stato posto sulla posizione del singolo, quanto piuttosto sull’obiettivo generale al celere allontanamento dello straniero. Nella chiave di lettura della Corte, l’interesse in questione primeggia, mentre il singolo risulta tutelato soltanto incidentalmente: non gli si può irrogare una pena detentiva nella misura in cui detta pena non è utile, anzi ostacola, il suo trasporto fisico in un Paese terzo⁷⁰³.

Ad ogni modo, non può sottacersi come siffatta pronuncia abbia inferto un duro colpo, non solo e non tanto alla disposizione di cui all’art. 14, comma 5 *ter*, quanto piuttosto all’intera filosofia su cui si reggeva il sistema penale dell’immigrazione⁷⁰⁴.

Fallisce, in certa misura, un sistema imperniato su pretese di (inutile) esemplarità.

3.1 *Un intervento non più procrastinabile: l’attuazione (de minimis) della Direttiva rimpatri*

L’impatto della sentenza *El Dridi* nel nostro ordinamento è stato dirompente⁷⁰⁵.

⁷⁰³ F. SPITALERI, *L’interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 27.

⁷⁰⁴ E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012.

⁷⁰⁵ Sulla scia di tale pronuncia, la Corte di Cassazione ha ritenuto che l’obbligo per il giudice di disapplicare, per contrasto con gli articoli 15 e 16 della Direttiva rimpatri, la norma incriminatrice di cui all’art. 14, comma 5 *ter*, comportasse l’annullamento senza rinvio della sentenza di condanna impugnata, perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato (fra le altre, in tal senso, Cassazione Penale, Sez. I, 29 aprile 2011, n. 18586). Ma v’è di più. A seguito di tale pronuncia, la Corte di Cassazione ha ritenuto che l’obbligo di disapplicazione,

Un intervento normativo di adeguamento della disciplina interna alla direttiva non era più procrastinabile.

Si presentava, com'è evidente, l'occasione per "ripensare" tutto il sistema delle espulsioni, incluse le sanzioni comminabili in caso di inottemperanza ai provvedimenti di rimpatrio, di allontanamento e di divieto di ingresso.

Non pare sia stata questa, tuttavia, la direzione seguita.

Il Governo italiano è corso ai ripari approvando il d.l. 16 giugno 2011, n. 89, convertito in l. n. 129/2011 (recante disposizioni urgenti per completare l'attuazione della direttiva comunitaria concernente la libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva dei cittadini di Paesi terzi irregolari).

Il decreto si presenta, da un lato, come normativa di attuazione (sia pure tardiva) della Direttiva rimpatri, con un adeguamento della disciplina di natura amministrativa alle regole europee; dall'altro, procede a quella che è stata definita, non senza una punta di eufemismo, una "rimodulazione" delle norme penali investite dalla sentenza della Corte di Giustizia⁷⁰⁶.

Tanto detto, il primo aspetto sottoposto a revisione - invero quello di maggior rilievo - è costituito dalle modalità di esecuzione dell'espulsione dell'immigrato in situazione di irregolarità. Sovvertendo il sistema in precedenza previsto, la modalità ordinaria diviene l'allontanamento volontario previsto dal rinnovato art. 13, comma 5: "*lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al comma 4, può chiedere al prefetto [...] la concessione di un periodo per la partenza volontaria*"⁷⁰⁷.

per contrasto con gli articoli 15 e 16 della Direttiva rimpatri, riguardasse, altresì, la norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5 *quater*, con conseguente annullamento senza rinvio, anche in tal caso, della sentenza di condanna impugnata, perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato (fra le altre, in tal senso, Cass. Pen, Sez. V, 3 febbraio 2012, n. 10469).

⁷⁰⁶ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, p. 800.

⁷⁰⁷ Interessante notare come il decreto sembri quasi voler mimetizzare il rovesciamento di prospettiva rispetto alla disciplina pregressa esponendo, dapprima, i casi di rimpatrio coattivo, che peraltro costituiscono l'eccezione, rispetto alla regola, pur condizionata alla presentazione di una richiesta da parte dell'interessato, della partenza volontaria. D'altra parte, si tratta di ciò che, di fatto, avveniva a fronte delle ben note difficoltà di procedere ad espulsioni coattive (e alle carenze di posti nei C.I.E.): le autorità amministrative utilizzavano

Il decreto attua, poi, correttamente la direttiva laddove, correggendo il tiro, prevede, sempre all'art. 13, che il prefetto intimi allo straniero di lasciare il territorio nazionale “entro un termine compreso fra i 7 e i 30 giorni”.

Sul versante penalistico, si assiste ad un sensibile ridimensionamento del ruolo della sanzione penale nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione ma si è trattato di un ridimensionamento realizzato, non già attraverso l'abrogazione delle varie fattispecie incriminatrici dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 T.U. I.M.M.), ma con la riformulazione delle fattispecie stesse e con la sostituzione della pena comminata da detentiva in pecuniaria⁷⁰⁸.

Anzi, secondo taluno, l'adeguamento del diritto nazionale al diritto di fonte europea non ha eliminato le istanze ispiratrici della gran parte della legislazione penale in materia, rintracciabili soprattutto nella volontà di azzerare il pericolo rappresentato da chi abbia fatto illegalmente ingresso nel territorio nazionale, o da chi vi sia irregolarmente rimasto. Com'è stato rilevato, al contrario “il pieno recepimento della normativa sovranazionale ha finito con il legittimare le scelte repressive del legislatore italiano, accentuandone i profili di irrazionalità rispetto alle funzioni della pena”. E ancora, il sistema delle incriminazioni avrebbe, piuttosto, assunto una connotazione “ipocrita”, considerato che al ridimensionamento dato dalla sostituzione della pena, da detentiva a pecuniaria, non ha fatto seguito un reale cambiamento di rotta del sistema complessivo, rimasto nella

normalmente la soluzione - di ripiego - dell'ordine del questore, rivolto al soggetto da espellere, di lasciare il territorio nazionale (spirato inutilmente il quale scattava il processo per il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, con conseguente condanna alla reclusione). In tal senso, P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, pp. 800 e ss.

⁷⁰⁸ Il legislatore italiano, di converso, ha ritenuto - quasi a voler compensare il venir meno della sanzione detentiva - di modificare, di fatto triplicandolo, il termine di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione, durata che, in linea con quanto previsto dalla direttiva rimpatri, può ora protrarsi fino a diciotto mesi. Come già rilevato, da questo punto di vista, la Direttiva rimpatri ha condotto non solo un'armonizzazione *de minimis*, ma anche un'armonizzazione al ribasso sul piano dei diritti fondamentali dello straniero. Si è reso possibile, per quanto qui rileva, procedere ad una sostanziale triplicazione dei termini di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione. Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

sostanza immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi e i principi del diritto penale liberale⁷⁰⁹.

Ad ogni modo, per quanto qui rileva, non si è colta l'occasione per riflettere sull'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

Seppure la sentenza della Corte di Giustizia non aveva investito tale reato, in quanto punito con l'ammenda e non con la pena detentiva, occorre, secondo taluno, chiedersi se fosse il caso di insistere con l'opzione ideologica che equipara l'irregolare al delinquente⁷¹⁰.

E, invece, appare evidente come, nell'attuare la Direttiva rimpatri sia stata privilegiata un'interpretazione riduttiva degli effetti della stessa nel nostro ordinamento, modificando solo ciò che era strettamente necessario, senza stravolgere l'impianto complessivo della legislazione italiana in vigore in materia di espulsione⁷¹¹.

4. *Il caso Achughbabian: la Corte si pronuncia sulla compatibilità comunitaria del "reato di clandestinità" previsto dall'ordinamento francese*

La Corte di Giustizia è, poi, tornata a pronunciarsi sull'interpretazione della Direttiva rimpatri, già oggetto della sentenza *El Dridi*, con riferimento alla compatibilità con la stessa di fattispecie che sanzionano, con pena detentiva, il mero soggiorno irregolare di cittadini di Paesi terzi in uno Stato membro dell'Unione Europea.

⁷⁰⁹ Per tali considerazioni, si rinvia a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

⁷¹⁰ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, pp. 800 e ss. Più in generale, desta perplessità il mancato abbandono del ricorso al diritto penale quale strumento volto a garantire l'esecuzione dei provvedimenti connessi alla sequela espulsiva. Così, E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, p. 475.

⁷¹¹ C. FAVILLI, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della Direttiva rimpatri*, in *Diritto Penale e Processo*, 2013, pp. 338-339.

La sentenza *Achughbabian*⁷¹² - relativa alla legislazione francese che puniva, con la pena della reclusione fino ad un anno, l'immigrato che avesse fatto ingresso o si fosse trattenuto illegalmente in Francia⁷¹³ - è d'indubbio interesse per chiunque si interroghi sulla legittimità comunitaria del reato di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

Confermando la sua precedente giurisprudenza, la Corte di Giustizia – nel pronunciamento *de quo* – sottolinea che la direttiva impone agli Stati membri di procedere “*con la massima celerità*” all'allontanamento. Ed, infatti, nella medesima logica efficientista di cui si accennato poco sopra⁷¹⁴, la Corte conferma altresì che, una volta accertata la condizione di soggiorno irregolare, lo straniero deve essere sottoposto “*in via prioritaria*” alla procedura di rimpatrio e “*per quanto riguarda l'eventuale privazione della libertà*”, egli può subire “*tutt'al più un trattenimento*”⁷¹⁵.

Una pena detentiva non contribuisce “*al trasporto fisico*” dello straniero “*fuori dallo Stato membro*” e, anzi, ne può “*ritardare*” l'allontanamento. E, pertanto, se

⁷¹² Si tratta della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea 6 dicembre 2011 (C-329/11), *Achughbabian*.

⁷¹³ Il procedimento in esame trae origine da un contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla giurisprudenza francese sull'interpretazione e sulle conseguenze della decisione *El Dridi*. Il problema che si poneva era quello dell'ammissibilità dell'applicazione della *garde à vue* (fermo di polizia) agli stranieri irregolari – misura consentita solo nei confronti delle persone sospettate di aver commesso un reato punibile con pena detentiva – considerato che la possibile applicazione di tale sanzione nel corso della procedura di rimpatrio era stata esclusa dalla Corte di Giustizia (appunto, con la sentenza *El Dridi*). Si trattava, in questo caso, di valutare l'applicabilità dei principi stabiliti in detto pronunciamento ad una norma penale che prevedeva la detenzione dell'immigrato irregolare, non durante la procedura di rimpatrio, ma prima dell'emissione di un ordine di allontanamento.

⁷¹⁴ Da questo punto di vista, l'argomentazione dell'Avvocato Generale, *Jan Mazak*, presentata il 26.10.2011, fa emergere come la Corte continui ad essere estremamente riluttante ad affrontare la Direttiva rimpatrio sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali. L'Avvocato Generale aveva, infatti, suggerito che all'obbligo di adottare la decisione di rimpatrio corrispondesse un correlato diritto di un cittadino di Paesi terzi a che lo Stato adottasse tale decisione di rimpatrio, dando avvio alla procedura disciplinata dalla direttiva. La Corte ha, tuttavia, ritenuto di non seguire tale linea argomentativa e ha, nuovamente, impostato la questione esclusivamente sugli obblighi degli Stati nei confronti dell'Unione, senza rilevare l'esistenza di correlativi diritti in capo agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale. Permane, come si è detto, la logica efficientista. Per tali considerazioni, R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatrio e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 77.

⁷¹⁵ F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatrio tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 23.

lo Stato membro interessato, dopo aver accertato l'irregolarità del soggiorno, “*anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione*”, l'allontanamento dello straniero subirebbe un ritardo e “*l'effetto utile*” della direttiva risulterebbe pregiudicato.

La Corte, confermando la sua precedente giurisprudenza, ha pertanto dichiarato incompatibile con la Direttiva rimpatri anche tale disposizione, nella misura in cui, comminando la pena della reclusione irrogabile nel corso della procedura di rimpatrio, può ritardarlo e pregiudicarne l'efficacia.

Fin qui, *nihil novi sub sole*.

La Corte di Giustizia continua a badare alla preservazione dell'efficienza del sistema previsto dalla Direttiva rimpatri.

V'è, tuttavia, un passaggio che in questa sede assume particolare interesse.

Nella sentenza in esame, la Corte ha riconfermato il principio, già espressamente riconosciuto nella sentenza *El Dridi*, in base al quale la Direttiva rimpatri “*non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno*”.

Ma tali premesse permettono, peraltro, alla Corte di stabilire, nel rispondere ad un quesito posto dal giudice francese, un importante principio, destinato ad esplicare effetti non solo sulla legislazione francese in materia di immigrazione, ma anche sulle normative degli Stati membri che prevedono la criminalizzazione del soggiorno irregolare, come l'Italia e la Germania⁷¹⁶.

La Corte ha colto, infatti, l'occasione per chiarire il significato dell'art. 2, par. 2, lett. b della direttiva che, come più volte ricordato, consente di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva «*gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione*

⁷¹⁶ R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, pp. 77-78.

nazionale o sottoposti a procedure di estradizione»⁷¹⁷.

Orbene, la Corte precisa che l'art. 2, par. 2, lett. b della direttiva “*non può essere interpretato, a meno di privare quest'ultima della sua ratio e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possano omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla suddetta direttiva ai cittadini di paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione consistente nel soggiorno irregolare*”: in altre parole, la qualificazione come reato della condotta di soggiorno irregolare non può valere di per sé a sottrarre gli Stati membri dall'obbligo di applicare le disposizioni della Direttiva rimpatri, che resteranno dunque integralmente applicabili all'imputato del reato di soggiorno irregolare⁷¹⁸.

È questa un'affermazione di principio di indiscutibile rilevanza ai fini della presente riflessione: la Corte – così argomentando – boccia l'*escamotage*, al quale ha fatto ricorso il Governo italiano, di qualificare l'immigrazione irregolare quale reato, punendolo con sanzione non detentiva (e dunque, non incompatibile con il disposto della sentenza *El Dridi*), sostituibile però con la misura dell'espulsione “*penale*”, in quanto tale rientrante nell'eccezione di cui all'art. 2, par. 2, lett. b della Direttiva rimpatri⁷¹⁹.

La Corte ha, pertanto, escluso - *apertis verbis* - che il citato art. 2 possa essere interpretato nel senso voluto dal legislatore italiano al momento dell'introduzione dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

⁷¹⁷ Utile richiamare in questa sede la prospettiva, esplicitamente tratteggiata dal Ministro dell'Interno Maroni, il quale – nel corso di un'audizione – aveva insistito, a nome dell'allora Governo, per l'introduzione del reato di clandestinità, con le argomentazioni che di seguito si riportano: “*pur prevedendo una pena pecuniaria e non detentiva, perché la direttiva europea stabilisce che la regola dell'allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l'invito ad andarsene e non l'espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale. Noi quindi vogliamo disegnare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emanato dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso*”.

⁷¹⁸ Così, A. GILIBERTO, *Direttiva rimpatri: la Corte di giustizia UE conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10 bis T.U. I.M.M.*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.04.2013.

⁷¹⁹ R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 81.

Si è già avuto modo di evidenziare, nella parte della trattazione relativa alle finalità perseguite con l'introduzione del c.d. reato di clandestinità, come dietro l'apparente irrazionalità di siffatta scelta di penalizzazione potevano invero celarsi altri obiettivi, meno visibili mediaticamente, ma sicuramente “*strategici*” nella prospettiva di chi ha fortemente voluto, e ottenuto, l'introduzione dell'art. 10 *bis*: si allude a quello che, come è stato da più parti rilevato, potrebbe essere stato il reale scopo di tale disposizione incriminatrice, ovvero quello di sterilizzare gli obblighi imposti dalla Direttiva n. 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri)⁷²⁰.

Orbene, prende consistenza l'ipotesi - da molti avanzata - secondo la quale l'introduzione del reato di clandestinità, con previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, avrebbe di fatto consentito al legislatore italiano, vista la citata clausola di esclusione dell'applicabilità della direttiva, di non adeguarsi alla direttiva stessa e, pertanto, di continuare a prevedere l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica (o l'eventuale internamento nei C.I.E.) come, almeno sulla carta, normale modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione⁷²¹.

E pertanto, la preoccupazione espressa sul punto da parte della dottrina circa il sostanziale aggiramento della direttiva pare, sotto tale luce, tutt'altro che infondata.

Com'è stato osservato, il legislatore, con italica astuzia⁷²², si è avvalso di una clausola derogatoria prevista, teoricamente, per una serie limitata di casi, quella che permette di non applicare la direttiva nel caso di espulsione come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale (nel caso che ci occupa, del reato di clandestinità), facendone il grimaldello per non applicare la direttiva

⁷²⁰ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 38.

⁷²¹ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione* in *Diritto Penale e Processo*, 2009, p. 1332.

⁷²² L'espressione è di C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Critica del diritto*, 2005, p. 229.

stessa nella generalità delle ipotesi⁷²³.

Una siffatta ricostruzione permetterebbe di affermare (*rectius*: confermare) che la reale finalità della norma incriminatrice di cui all'art. 10 *bis* sia stata quella di favorire, in ogni modo possibile, l'espulsione dello straniero irregolare e che lo strumento della sanzione sostitutiva consentisse, per tale via, di attuare in via coattiva gli allontanamenti, a prescindere e anzi in potenziale contrasto con quanto previsto dalla direttiva rimpatri (che prevede, è ormai noto, la partenza volontaria come modalità ordinaria di esecuzione della decisione di rimpatrio).

In altre parole, con l'introduzione di un reato *ad hoc* - ovvero del reato di clandestinità - si è tentato di «sterilizzare» gli obblighi imposti dalla Direttiva: in particolare, come rivelato, “con l'art. 10 *bis*, l'espulsione è diventata conseguenza accessoria della sanzione penale e, in sostanza, la deroga di cui all'art. 2, par. 2, lett. b) è divenuta regola per non riconoscere i diritti garantiti dalla Direttiva stessa”⁷²⁴.

E pertanto, com'è stato acutamente osservato, “alla furbizia politica di impiegare la potestà penale come arma simbolica di una lotta da ingaggiare contro lo straniero si è affiancato anche un freddo calcolo utilitaristico, consistente nella volontà di incrementare il numero delle situazioni in presenza delle quali la legge legittima il ricorso alla misura dell'espulsione dell'immigrato irregolare”⁷²⁵.

Il sistema è stato congegnato in maniera tale da far prevalere – sempre e comunque – la sanzione dell'espulsione su qualunque altra misura punitiva, anche di carattere penale⁷²⁶.

E un siffatto stato di cose non è stato minimamente scalfito quando, nel 2011, è stata data - tardiva - attuazione alla Direttiva rimpatri.

Orbene, alla luce del pronunciamento *de quo*, che – com'è evidente – dispiega i

⁷²³ L. MASERA, “Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 36.

⁷²⁴ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 163.

⁷²⁵ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

⁷²⁶ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 14.

suoi effetti non solo in Francia, ma anche in tutti gli altri Stati membri che prevedono il c.d. reato di clandestinità (Italia compresa), alcuni dati paiono incontestabili.

Se, da un lato, la Corte dichiara l'astratta compatibilità con la direttiva delle norme penali che puniscono il soggiorno irregolare, dall'altro, le assoggetta ad una serie di limiti e condizioni, con l'effetto di ridurne grandemente la loro applicabilità⁷²⁷.

E per ciò che, in particolare, concerne il reato di clandestinità nostrano, l'art. 2, par. 2, lett. b della direttiva non può essere interpretato nel senso voluto dal legislatore italiano, se non a costo di privare quest'ultima del suo effetto utile: per espulsione "penale", ai sensi di tale disposizione, deve intendersi l'espulsione che sia conseguenza di una condanna per un reato diverso dal mero soggiorno irregolare⁷²⁸.

Quali le conseguenze di una tale presa di posizione?

Rischia di crollare quel castello di sabbia costituito dal sistema italiano delle espulsioni, al quale era stato peraltro già inferto un duro colpo a seguito della sentenza *El Dridi*. E siffatto stato di cose rischia, altresì, di travolgere l'espulsione come sanzione sostitutiva prevista per le condanne *ex art. 10 bis* T.U. I.M.M., in quanto tale conseguenza di una condanna fondata esclusivamente sul soggiorno irregolare⁷²⁹.

Ad ogni modo, per ciò che qui maggiormente interessa, è questo il metro di giudizio con il quale di lì a poco la Corte di Giustizia ha vagliato la legittimità

⁷²⁷ C. DI STASIO, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 173.

⁷²⁸ Opportunamente ed in modo inequivoco, la Corte mette dunque a nudo tutta l'infondatezza della tesi del Governo italiano, avallando la tesi di chi aveva ben presto osservato come, in realtà, la facoltà che la direttiva concede agli Stati membri di non adeguarsi alle sue disposizioni (art. 2) deve interpretarsi – onde non privare quelle disposizioni di ogni effetto e vanificare l'obbligo di leale cooperazione e di adeguamento al diritto comunitario – nel senso che al legislatore interno è consentito non applicare le disposizioni della direttiva solo nei casi in cui l'espulsione è conseguenza di fattispecie penali diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare. In tal senso, C. FAVILLI, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, 2009, p. 5, reperibile all'indirizzo web: www.osservatoriosullefonti.it – consultato il 5.04.2013.

⁷²⁹ R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 82.

comunitaria dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.⁷³⁰.

5. *Il caso Sagor: la Corte si pronuncia sulla compatibilità comunitaria del “reato di clandestinità” previsto dall’ordinamento italiano*

Anche la scelta del legislatore italiano del 2009 di criminalizzare l'ingresso ed il soggiorno irregolare, com'era prevedibile, viene presto portata al cospetto della Corte di Giustizia.

Viene in rilievo una disposizione penale che presenta, invero, una fondamentale differenza tanto con il previgente art. 14, comma 5 *ter*, oggetto della sentenza *El Dridi*, quanto con il reato di clandestinità francese, oggetto della sentenza *Achughbajian*: l'art. 10 *bis*, come noto, commina la sola pena pecuniaria (ammenda da 5.000 a 10.000 euro)⁷³¹. Nondimeno, come si evince dall'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, non mancavano argomenti per mettere in dubbio la compatibilità di tale disposizione con la Direttiva rimpatri⁷³².

La Corte di Giustizia è, in particolare, intervenuta con la sentenza 6 dicembre 2012, *Sagor* (causa C-430/2011), decidendo la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Rovigo, il quale dubitava della compatibilità dell'art. 10 *bis* con la Direttiva rimpatri sotto due specifici profili:

- a) se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 4, 7, 8 della direttiva ostino alla possibilità che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita come sanzione penale dalla detenzione domiciliare in conseguenza del suo

⁷³⁰ Il problema, è noto, era stato elegantemente risolto dalla Corte costituzionale in quanto a suo tempo non era ancora scaduto il termine per l'attuazione della Direttiva rimpatri. Ma alla luce dell'attuazione della direttiva, con d.l. n. 89/2011 e, soprattutto, alla luce dei due pronunciamenti passati in rassegna, il problema si è riproposto e i dubbi via via sollevati hanno acquistato maggiore consistenza.

⁷³¹ Difetta, in questo caso, la comminatoria di una pena detentiva, irrogabile nel corso della procedura di rimpatrio, capace di frustrare l'effetto utile della Direttiva rimpatri.

⁷³² G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità” (art. 10 bis T.U. I.M.M.) e la “Direttiva rimpatri”*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

mero ingresso e permanenza irregolare, ancor prima della inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa;

- b) se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 15 e 16 della direttiva ostino alla possibilità che, successivamente all'emanazione di tale direttiva, uno Stato membro possa emettere una norma che preveda che un cittadino di un Paese terzo, il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro, venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita dall'espulsione immediatamente eseguibile come sanzione penale senza il rispetto della procedura e dei diritti dello straniero previsti da detta direttiva.

La complessità delle problematiche trattate suggerisce di muovere dalla ricognizione delle conclusioni cui è giunta la Corte in relazione alle questioni prospettate dal giudice del rinvio, iniziando, per comodità di esposizione, dalla seconda di esse.

5.1 *La sanzione sostitutiva dell'espulsione e la Direttiva rimpatri*

Come detto, il primo profilo, relativo alla disciplina del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis*, in potenziale conflitto con la direttiva, riguardava la circostanza che l'espulsione di cui all'art. 16 T.U. I.M.M., che il giudice di pace poteva disporre quale misura sostitutiva della pena pecuniaria, venisse esercitato attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera⁷³³, senza

⁷³³ Si è già avuto modo di osservare, nel corso della trattazione, come la legge n. 94/2009 (art. 1, comma 22) abbia modificato il comma 1 dell'art. 16 del T.U. I.M.M. relativo all'espulsione disposta dal giudice a titolo di sanzione sostitutiva, ampliando l'ambito di applicabilità di tale istituto al reato di cui all'art. 10 *bis*. Il detto art. 16, così come modificato, prevede che il giudice (di pace) anche “*nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10 bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni*”. E si è anche osservato come si trattasse di un vero e proprio *unicum* ordinamentale, quanto meno per due ragioni. Da un lato, si tratta del solo caso in cui è prevista la sanzione dell'espulsione in sostituzione di una pena pecuniaria, col paradosso di una pena sostitutiva assai più afflittiva della sanzione che va a sostituire. Ciò determina, a parere di taluno, un “*completo stravolgimento del rapporto tra la misura sostitutiva e la pena principale*”. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 76. Dall'altro, si tratta

rispettare quindi la regola della concessione di un termine per la partenza volontaria nonché il principio della gradualità delle misure coercitive, previsti dalla direttiva a tutela dei diritti fondamentali dello straniero irregolare.

In via preliminare, la Corte ribadisce - richiamando la sua costante giurisprudenza in materia - che la Direttiva rimpatri non si propone di armonizzare integralmente le norme degli Stati membri sul controllo dell'immigrazione irregolare e *“non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione”*; tuttavia, uno Stato non può applicare una disciplina idonea a compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115, privando quest'ultima del suo effetto utile.

Applicando tali principi, la Corte osserva che una normativa come quella di cui all'art. 10 *bis* - di per sé - non rallenta né ostacola la procedura amministrativa di rimpatrio⁷³⁴.

dell'unico caso nel quale il giudice di pace può applicare una sanzione così gravemente incidente sulla libertà personale. Sul punto, L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 46. Da tale ultimo punto di vista, infatti, non sfugge come si sia reso, in tale prospettiva, necessario introdurre una nuova disposizione di legge che disciplini le attribuzioni del giudice di pace, per consentirgli di applicare tale misura esorbitante dal suo consueto arsenale sanzionatorio. La legge n. 94/2009 ha, infatti, inserito nel decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 recante *“Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della l. 24 novembre 1999, n. 468”*, l'art. 62 *bis* (rubricato *“Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva”*), in virtù del quale *“nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'art. 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”*. Viene, pertanto, conferita al giudice di pace la facoltà, invero vincolata, di disporre misure sostitutive della detenzione, facoltà fino a quel momento negatagli, atteso che l'art. 62 del medesimo articolato normativo espressamente prevede che *“le sanzioni sostitutive previste dagli artt. 53 e seguenti della l. 24.11.1981, n. 689, non si applicano ai reati di competenza del giudice di pace”*. L'intenzione del legislatore sembra, pertanto, essere quella di attribuire al giudice di pace un potere di sostituzione della pena ben limitato e definito, diretto cioè all'espulsione dello straniero. Sul punto, D. PERRONE, *Commentario al “Pacchetto Sicurezza” (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 101.

⁷³⁴ Secondo la Corte, *“l'adozione e l'esecuzione delle misure di rimpatrio previste dalla direttiva 2008/115 non vengono ritardate o in altro modo ostacolate dalla circostanza che è pendente un'azione penale come quella prevista dal decreto legislativo n. 286/1998. Infatti, il rimpatrio previsto agli articoli 13 e 14 del detto decreto legislativo può essere realizzato indipendentemente da tale azione penale e senza che quest'ultima debba essere accolta. Tale constatazione è corroborata dall'art. 10 bis, quinto comma, di detto*

Se questo è il punto di partenza, la Corte non manca tuttavia di ridurre fortemente la portata applicativa della disposizione nazionale, in particolare, laddove chiarisce che la facoltà offerta al giudice di sostituire la pena dell'ammenda con la misura dell'espulsione non può che essere esercitata nei limiti previsti dalla Direttiva rimpatri⁷³⁵. E la Direttiva rimpatri, come noto, abilita gli Stati membri a non concedere un periodo per la partenza volontaria soltanto nei seguenti casi: in presenza di un rischio di fuga; se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta; se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale⁷³⁶.

Com'è stato osservato, presupposto implicito della conclusione cui è giunta la Corte è la non riconducibilità dell'espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva nell'ambito della disciplina prevista dall'art. 2, comma 2, lett. b della Direttiva rimpatri⁷³⁷, che consente agli Stati di non applicare la stessa direttiva ai cittadini di Paesi terzi *“sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come*

decreto legislativo, secondo il quale il giudice deve, dopo aver preso conoscenza del rimpatrio dell'interessato, chiudere il procedimento penale con una sentenza di non luogo a procedere?”. E ancora, a parere della Corte, “la possibilità che detta azione penale conduca all'applicazione della pena di un'ammenda non è neanche idonea ad ostacolare la procedura di rimpatrio sancita dalla direttiva 2008/115. Infatti, l'applicazione di una pena pecuniaria non impedisce in nessun modo che una decisione di rimpatrio sia adottata ed attuata nella piena osservanza delle condizioni enunciate agli artt. 6 e 8 della direttiva 2008/115 e non pregiudica neppure le norme comuni in materia di adozione di provvedimenti restrittivi della libertà enunciate dagli artt. 15 e 16 di tale direttiva”.

⁷³⁵ F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 158.

⁷³⁶ A dire il vero, la Corte di Giustizia richiama, in questo caso, il solo rischio di fuga. Così si legge, infatti, nella sentenza in commento: *“Si deve tuttavia osservare, al riguardo, che il paragrafo 4 di detto articolo 7 consente agli Stati membri di astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria, in particolare, qualora esista il rischio che l'interessato fugga per sottrarsi alla procedura di rimpatrio. Qualsiasi valutazione al riguardo deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato”.* Come si vedrà a breve, la Corte in una successiva pronuncia (caso *Mbaye*) ha chiarito il senso di tale inciso, precisando che *“la facoltà di sostituzione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde a una di quelle previste dall'art. 7, paragrafo 4, di tale direttiva”*, con ciò prendendo in considerazione, non solo il rischio di fuga, ma anche l'ipotesi in cui una domanda di soggiorno regolare sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta e quella in cui l'interessato costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

⁷³⁷ A. CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 1776.

*conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale*⁷³⁸.

Ad ogni modo, la risposta offerta sul punto dalla Corte è chiara.

La sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione immediata non è di per sé vietata, ma tale possibilità (di sostituzione, appunto, della pena pecuniaria con l'espulsione immediata a mezzo della forza pubblica) è conforme alla direttiva solo nella misura in cui sussistano i presupposti previsti dalla stessa perché non sia concesso il termine per la partenza volontaria: se tali presupposti non vengono accertati dal giudice nel caso concreto, lo stesso non può procedere - in alcun modo - alla sostituzione della pena pecuniaria con l'espulsione coattiva⁷³⁹.

5.2 La convertibilità della pena pecuniaria nell'obbligo di permanenza domiciliare e la Direttiva rimpatri

Quanto invece al secondo profilo sollevato, relativo alla convertibilità della pena pecuniaria non eseguita in quella della permanenza domiciliare, il principale argomento sul quale fa leva il Tribunale di Rovigo è il seguente: nonostante sia vero che la legge commina per il reato di clandestinità la pena pecuniaria, è altresì vero che la pena pecuniaria è sostituibile, ai sensi degli articoli 53 e 55 del d. lgs. n. 274/2000, con la permanenza domiciliare (fino a

⁷³⁸ Riconducibilità, questa, che viceversa era stata evocata dal Governo italiano nel dibattito che ha accompagnato l'iter parlamentare di approvazione della legge n. 94 del 2009. La tesi allora sostenuta era, come noto, quella secondo la quale la previsione, in relazione al nuovo reato, dell'espulsione, sia pure come sanzione sostitutiva, avrebbe avuto lo scopo di escludere l'applicabilità della disciplina della partenza volontaria e, quindi, di consentire in via generalizzata l'allontanamento dello straniero per il tramite di misure coercitive. Come osservato nei paragrafi che precedono, tale tesi, confutata dapprima in dottrina, è stata poi fatta propria dalla Corte di Giustizia che, con la sentenza *Achughbabian*, nel dichiarare l'incompatibilità comunitaria del reato di clandestinità previsto dall'ordinamento francese ha, altresì, stabilito l'importante principio in base al quale l'art. 2, comma 2, lett. b della direttiva non può essere interpretato, salvo privare la direttiva stessa della sua *ratio* e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possano omettere di applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione consistente nel soggiorno irregolare. Per tali considerazioni, si rinvia a A. CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, 2013, pp. 1776-1777.

⁷³⁹ F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale alla tratta ed al traffico di migranti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 251.

45 giorni) in caso di insolvibilità del condannato⁷⁴⁰; pertanto, la pena pecuniaria può essere sostituita con una pena limitativa della libertà personale, da eseguirsi per intero prima dell'espulsione⁷⁴¹. E ciò - considerato che la permanenza domiciliare, di regola, viene eseguita nei giorni di sabato e domenica, per un periodo massimo di 45 giorni, con possibilità, almeno sulla carta, che lo straniero si trovi sottoposto a tale pena per 22/23 settimane, ovvero per 5 mesi - non può che contrastare, si legge nell'ordinanza di rimessione, con l'obiettivo di un rapido ed efficace rimpatrio dello straniero in situazione di irregolarità⁷⁴².

In altre parole, nell'ipotesi in cui lo straniero non sia solvibile e non richieda la conversione della pena pecuniaria in lavoro sostitutivo - ipotesi che il giudice del rinvio considera ordinaria - la legge italiana prevede, di fatto, come conseguenza penale del soggiorno irregolare una privazione della libertà personale dello straniero, senza collegare tale privazione alla concreta possibilità di preparare o effettuare l'allontanamento e, pertanto, in assenza di qualsivoglia criterio di raccordo con la normativa disposta dalla direttiva, che impone di procedere all'allontanamento dello straniero in posizione irregolare⁷⁴³.

Orbene, la Corte di Giustizia, da un lato, ribadisce che gli Stati sono tenuti ad eseguire con la massima celerità le decisioni di rimpatrio, e dall'altro, osserva che, con ogni evidenza, l'esecuzione della permanenza domiciliare - nel corso della procedura di rimpatrio - non contribuisce alla realizzazione dell'allontanamento che detta procedura persegue, ossia al trasporto fisico

⁷⁴⁰ Ipotesi, questa, tutt'altro che peregrina, osserva il giudice rimettente, in considerazione dell'ammontare dell'ammenda comminata, da 5.000 a 10.000 euro, che normalmente va ben oltre le disponibilità economiche degli stranieri irregolari.

⁷⁴¹ A dire il vero, a norma dell'art. 55 d. lgs. n. 274/2000, se vi è richiesta del condannato la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità si converte in lavoro sostitutivo; senonché tale ipotesi, in relazione allo straniero irregolare sembra da escludere, considerato che l'art. 54 del medesimo articolato normativo stabilisce che il lavoro deve essere svolto nella provincia in cui risiede il condannato e che lo straniero irregolare, per definizione, non è residente nel territorio italiano.

⁷⁴² G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" (art. 10 bis T.U. I.M.M.) e la "Direttiva Rimpatri"*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it - consultato il 10.12.2013.

⁷⁴³ A. CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 1780.

dell'interessato fuori dallo Stato membro in parola.

L'obbligo di permanenza domiciliare è, pertanto, idoneo, secondo la Corte, a ritardare e, quindi, ad ostacolare quelle misure, come l'accompagnamento alla frontiera e il rimpatrio forzato per via aerea, che contribuiscono, invece, alla realizzazione dell'allontanamento⁷⁴⁴.

Pertanto, la Direttiva rimpatri “*osta alla normativa di uno Stato membro che consenta di reprimere il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con un obbligo di permanenza domiciliare, senza garantire che l'esecuzione di tale pena debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile il trasferimento fisico dell'interessato fuori da tale Stato membro*”.

Da questo punto di vista, si noti, la pronuncia in commento si differenzia dal precedente *El Dridi*. In questo caso, il profilo di incompatibilità rispetto alla Direttiva rimpatri, da un lato, è delineato in termini ipotetici e, dall'altro, è riferito non già alla norma incriminatrice oggetto di scrutinio ma alla diversa disciplina (quella della conversione della pena *ex art. 55 d. lgs. 275/2000*) individuata come - potenzialmente - ostativa alla realizzazione, all'insegna della massima celerità, dell'allontanamento dello straniero⁷⁴⁵. Ed infatti, la Corte, in chiusura, precisa che qualora il giudice del rinvio dovesse concludere che “*la direttiva 2008/115 osta all'applicazione degli articoli 53 e 55 del decreto legislativo n. 274/2000 ai cittadini dei Paesi terzi in soggiorno irregolare, sarebbe tenuto a lasciare inapplicate tali disposizioni di diritto nazionale*”⁷⁴⁶.

Spetta, quindi, al giudice del rinvio la risoluzione della *quaestio* da cui dipende – l'eventuale – incompatibilità e, pertanto, la valutazione circa l'esistenza, nella normativa nazionale, di una disposizione che fa prevalere l'allontanamento sull'esecuzione dell'obbligo di permanenza domiciliare, ed in assenza di siffatta

⁷⁴⁴ GAROFOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 669.

⁷⁴⁵ A. CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, 2013, pp. 1781-1782.

⁷⁴⁶ Opportuno richiamare l'inequivoca conclusione alla quale era pervenuta la Corte di Giustizia nella sentenza *El Dridi*: “*al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5 ter, di tale decreto legislativo*”.

disposizione disapplicare tale meccanismo sostitutivo nei confronti dei cittadini di paesi terzi in soggiorno irregolare⁷⁴⁷.

5.3 *Un bilancio*

Nonostante l'apparente “*salvataggio*” del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., il meccanismo delineato dal legislatore del 2009, ha subito - con ogni evidenza - un nuovo colpo ad opera del giudice europeo⁷⁴⁸.

Anzi, com'è stato osservato, la fisionomia del reato e delle sue conseguenze ne esce stravolta⁷⁴⁹.

Guardando alle conseguenze del pronunciamento passato in rassegna, non può infatti non rilevarsi quanto segue.

Resta intatta la possibilità di sanzionare lo straniero irregolare con la pena dell'ammenda ma una pena siffatta potrà essere sostituita con la misura dell'espulsione soltanto in presenza di una duplice condizione:

- a) che vi sia la possibilità di una esecuzione immediata dell'espulsione, non sussistendo le condizioni ostative previste;
- b) che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero⁷⁵⁰, apprezzato caso per caso dal giudice in base ad un esame individuale della situazione dello stesso⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 159.

⁷⁴⁸ GAROFOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 670.

⁷⁴⁹ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 16. A dire il vero, secondo l'A., la fattispecie *de qua*, oltre ad uscirne stravolta dal punto di vista della struttura e delle conseguenze, diviene, in definitiva, ancora più esile sul piano della sua legittimazione politico-criminale, se non della sua intrinseca legittimità.

⁷⁵⁰ Come già osservato, la Corte omette il riferimento alle altre ipotesi previste dall'art. 7, paragrafo 4 della direttiva, richiamando il solo rischio di fuga. Come si vedrà a breve, la Corte in una successiva pronuncia (caso *Mbaye*) ha chiarito il senso di tale inciso, precisando che “*la facoltà di sostituzione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde a una di quelle previste dall'art. 7, paragrafo 4, di tale direttiva*”, con ciò prendendo in considerazione, non solo il rischio di fuga, ma anche l'ipotesi in cui una domanda di soggiorno regolare sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta e quella in cui l'interessato costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

⁷⁵¹ Ove tale rischio di fuga non sussista, lo straniero avrebbe infatti diritto ad una decisione di rimpatrio che gli conceda un termine per la partenza volontaria, ai sensi dell'art. 7 della

Già da questo punto di vista, non può sottacersi come il reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio dello Stato sia stato notevolmente “*svuotato*” rispetto alle intenzioni che ne hanno caratterizzato l’adozione⁷⁵².

Com’è stato osservato, risulta infatti evidentemente frustrato il (maldestro) tentativo del Ministro degli Interni in carica all’epoca dell’approvazione dell’art. 10 *bis* di eludere, attraverso l’introduzione di questa nuova incriminazione, le disposizioni della Direttiva rimpatri⁷⁵³.

E ancora.

Nell’ipotesi in cui la pena pecuniaria non dovesse essere eseguita – ossia, in pratica, nella quasi totalità dei casi – e nell’ipotesi altrettanto verosimile in cui il condannato non chieda di essere ammesso al lavoro sostitutivo, il giudice non potrà nemmeno convertire la pena in quella della permanenza domiciliare, difettando, allo stato, qualsiasi disposizione che consenta il coordinamento tra l’esecuzione di questa pena e la procedura di allontanamento coattivo dello straniero. Nessuna disposizione prevede infatti che l’esecuzione nei confronti dello straniero dell’obbligo di permanenza domiciliare debba avere fine a partire dal momento in cui sia possibile realizzarne l’allontanamento⁷⁵⁴.

Tanto considerato, il funzionamento della fattispecie, se non proprio la sua struttura – considerata nel collegamento tra fatto e trattamento sanzionatorio – ne risulta, com’è stato osservato, non solo svuotato, ma, “*a ben guardare, irrimediabilmente squassato*”⁷⁵⁵.

direttiva; termine che, peraltro, il giudice di pace non potrebbe concedergli, nel silenzio sul punto dell’art. 16 T.U. I.M.M. e dello stesso art. 62 *bis* del d. lgs. n. 274/2000, con conseguente impossibilità, in questo caso, di sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell’espulsione.

⁷⁵² F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 159.

⁷⁵³ F. VIGANÒ, *La Corte di Giustizia sull’art. 10 bis T.U. I.M.M. e Direttiva rimpatri*, reperibile all’indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 12.11.2013.

⁷⁵⁴ F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 159.

⁷⁵⁵ A. DI MARTINO, *L’intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 17. Anzi, secondo l’A., si prospetta una situazione di stallo, caratterizzata dall’evanescenza del reato per assenza di sanzione: ineseguibilità della sanzione, da un lato; non convertibilità per assenza di meccanismi appositi, dall’altro.

Per chiudere, anche in questo caso, è possibile constatare come il *focus* non sia stato posto sulla posizione del singolo, quanto piuttosto sull'obiettivo generale al celere allontanamento dello straniero, secondo un approccio – evidentemente – efficientista⁷⁵⁶. Sull'utilità di tale approccio – fondato sulla preservazione dell'efficienza del sistema – si focalizzerà l'attenzione in chiusura del presente capitolo.

5.4 Il caso Mbaye: la Corte di Giustizia conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10 bis

Per completezza, si rende necessario fare un cenno ad un ulteriore pronunciamento nell'ambito del quale la Corte di Giustizia, sostanzialmente, conferma gli orientamenti già espressi nella propria precedente giurisprudenza (in particolare, nella citata sentenza *Sagor*).

La Corte viene, in questo caso, investita del caso *Mbaye*⁷⁵⁷, in ordine al quale il giudice del rinvio, dubitando della compatibilità, rispetto alla Direttiva rimpatri, dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- a) se l'art. 2, par. 2, lettera b della direttiva osti alla possibilità di applicare la medesima direttiva anche in presenza della normativa interna (art. 10 *bis* del decreto legislativo n. 286/1998) che sanziona la condizione di ingresso e soggiorno irregolare con la misura dell'espulsione sostitutiva della pena;
- b) se la Direttiva osti alla possibilità di sanzionare penalmente la mera presenza dello straniero sul territorio nazionale in condizione di irregolarità, indipendentemente dal completamento della procedura amministrativa di rimpatrio prevista dalla legge interna e dalla stessa direttiva.

Quanto alla prima questione, la soluzione della stessa, secondo la Corte,

⁷⁵⁶ F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 27.

⁷⁵⁷ Corte di Giustizia UE, III Sezione, ord. 21 marzo 2013, *Mbaye* (causa C-522/11).

emerge con chiarezza dalla precedente giurisprudenza in materia.

La Corte si limita, infatti, a richiamare quanto già affermato nella sentenza *Achughbabian*, circa l'interpretazione dell'art. 2 della direttiva, confermando che il par. 2, lettera b) di tale disposizione “*non può essere interpretato, a meno di privare quest'ultima della sua ratio e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possano omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla suddetta direttiva ai cittadini di paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione consistente nel soggiorno irregolare*”.

La Corte conferma, pertanto, che la qualificazione come reato della condotta di soggiorno irregolare non può valere di per sé a sottrarre gli Stati membri dall'obbligo di applicare le disposizioni della Direttiva rimpatri, che resteranno dunque integralmente applicabili all'imputato della contravvenzione in esame⁷⁵⁸.

Con riferimento alla seconda questione, la Corte ribadisce che la Direttiva rimpatri non osta a che un'espulsione immediata (in assenza dunque di un termine per la partenza volontaria che costituisce la regola nel sistema disegnato dalla direttiva) sia disposta dall'autorità giurisdizionale quale sanzione sostitutiva di natura penale, purché ciò avvenga nei limiti di quanto previsto dall'art. 7, par. 4, della direttiva (in particolare, “*se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale*”)⁷⁵⁹, dovendo tale ultima valutazione essere

⁷⁵⁸ A. GILIBERTO, *Direttiva rimpatri: la Corte di Giustizia UE conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10 bis T.U. I.M.M.*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.04.2013.

⁷⁵⁹ Con tale inciso la Corte chiarisce, in qualche modo, il senso della sentenza *Sagor*. Com'era stato già osservato, la Corte aveva ommesso, in quell'occasione, il riferimento alle altre ipotesi previste dall'art. 7, paragrafo 4 della direttiva, richiamando il solo rischio di fuga. Con tale inciso, chiarisce, pertanto, il senso della sentenza *Sagor*, precisando appunto che “*la facoltà di sostituzione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde a una di quelle previste dall'art. 7, paragrafo 4, di tale direttiva*”, con ciò prendendo in considerazione, non solo il rischio di fuga, ma anche l'ipotesi in cui una domanda di soggiorno regolare sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta e quella in cui l'interessato costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. E tale chiarimento permette, com'è stato osservato, di tutelare in maniera soddisfacente i diritti che lo straniero trae dall'art. 7 della direttiva. Sul punto, F. SPITALERI, *L'interpretazione della*

operata dal giudice di pace all'esito della considerazione della situazione individuale dell'interessato⁷⁶⁰.

Appare, pertanto, confermata - con qualche precisazione - la giurisprudenza *Sagor*.

5.5 L'adeguamento dell'ordinamento italiano alla sentenza *Sagor*

Come si è già avuto modo di osservare, l'impatto della sentenza *El Dridi* nel nostro ordinamento è stato deflagrante, rendendo, fra le altre cose, non più procrastinabile un intervento normativo di adeguamento della disciplina interna alla Direttiva rimpatri.

E si è detto altresì che, nonostante si fosse presentata l'occasione per "ripensare" tutto il sistema delle espulsioni, il Governo italiano è corso ai ripari approvando il d.l. 16 giugno 2011, n. 89, convertito in l. n. 129/2011 che, lungi dal seguire la direzione, da molti auspicata, ha - viceversa - "finito con il legittimare le scelte repressive del legislatore italiano, accentuandone i profili di irrazionalità rispetto alle funzioni della pena", facendo - secondo taluno - assumere al sistema una connotazione "ipocrita", considerato che al ridimensionamento dato dalla sostituzione della pena, da detentiva a pecuniaria, non ha fatto seguito un reale cambiamento di rotta del sistema complessivo, rimasto nella sostanza immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi e i principi del diritto penale liberale⁷⁶¹.

Ed infatti, nonostante, sul versante penalistico, si sia assistito ad un sensibile ridimensionamento del ruolo della sanzione penale nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, si è invero trattato di un ridimensionamento realizzato, non già attraverso l'abrogazione delle varie

Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 30.

⁷⁶⁰ In sintesi, la Direttiva rimpatri non osta né alla sussistenza del reato di clandestinità, né alla celebrazione del relativo giudizio penale, né alla conseguente condanna a pena pecuniaria, né - infine - alla sostituzione di questa con la pena dell'espulsione immediata, purché quest'ultima sia disposta nei limiti di cui all'art. 7, par. 4, della direttiva stessa.

⁷⁶¹ Per tali considerazioni, si rinvia a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

fattispecie incriminatrici dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 T.U. I.M.M.), ma con la riformulazione - o meglio, con la rimodulazione⁷⁶² - delle fattispecie stesse e con la sostituzione della pena comminata da detentiva in pecuniaria.

Com'è stato osservato, fra l'altro, il legislatore italiano ha ritenuto - quasi a voler compensare il venir meno della sanzione detentiva - di modificare, di fatto triplicandolo, il termine di durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione, durata che, in linea con quanto previsto dalla direttiva rimpatri, poteva pertanto protrarsi fino a diciotto mesi⁷⁶³.

Come già rilevato altrove, da questo punto di vista, si è trattato, non solo di un'armonizzazione *de minimis*, ma anche di un'armonizzazione al ribasso sul piano dei diritti fondamentali dello straniero⁷⁶⁴.

Ad ogni modo, per quanto qui rileva, non si è colta l'occasione per riflettere sull'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

Seppure la sentenza *El Dridi* non aveva investito tale reato, in quanto punito con l'ammenda e non con la pena detentiva, occorreva, secondo taluno, chiedersi se fosse il caso di insistere con l'opzione ideologica che equipara l'irregolare al delinquente⁷⁶⁵.

E, invece, appare evidente come, nell'attuare la Direttiva rimpatri sia stata privilegiata un'interpretazione riduttiva degli effetti della stessa nel nostro ordinamento, modificando solo ciò che era strettamente necessario, senza stravolgere l'impianto complessivo della legislazione italiana in vigore in

⁷⁶² P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, p. 800.

⁷⁶³ Per tutti, vedasi A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

⁷⁶⁴ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 13.

⁷⁶⁵ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, pp. 800 e ss. Più in generale, desta perplessità il mancato abbandono del ricorso al diritto penale quale strumento volto a garantire l'esecuzione dei provvedimenti connessi alla sequela espulsiva. Così, E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, p. 475.

materia di espulsione⁷⁶⁶.

Rebus sic stantibus, giunge per molti inaspettata la promulgazione della l. 30.10.2014, n. 161, recante “*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*”.

Fra le altre cose, siffatto articolato normativo, da un lato, contiene una riforma in tema di detenzione amministrativa per gli stranieri irregolari che, per la prima volta dal 1998 (anno in cui è stato introdotto tale istituto), interviene non per aumentare i limiti massimi del trattenimento nei C.I.E. (come più volte accaduto) ma per ridurli, ed in maniera assai significativa⁷⁶⁷; dall'altro, si occupa di adeguare l'ordinamento interno alla sentenza *Sagor* (nonché all'ordinanza *Mbaye*), in particolare, con riferimento al meccanismo di sostituzione della pena pecuniaria ineseguita con la permanenza domiciliare, dichiarato dalla Corte di Giustizia incompatibile con il principio dell'effetto utile.

All'indomani del pronunciamento della Corte e sino alla riforma in commento, non era infatti chiaro, in mancanza di una disposizione *ad hoc* relativa ai rapporti tra permanenza domiciliare ed espulsione, se la permanenza dovesse cessare quando l'espulsione risultasse eseguibile, o se invece l'espiazione della pena in parola impedisse l'esecuzione del rimpatrio (ponendosi così in contrasto con la direttiva)⁷⁶⁸. Analoghi dubbi si ponevano, peraltro, in relazione alla possibilità di applicare la permanenza domiciliare per i reati di inosservanza di cui all'art. 14 T.U. I.M.M.

È per scongiurare tali possibili contrasti che, con la legge europea 2013 *bis*, il

⁷⁶⁶ C. FAVILLI, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della Direttiva rimpatri*, in *Diritto Penale e Processo*, 2013, pp. 338-339.

⁷⁶⁷ Con la riforma *de qua*, in particolare, si passa da un massimo di 18 mesi, introdotto – come osservato poco sopra – con la riforma del 2011, ad un termine improrogabile di 3 mesi, o addirittura di soli 30 giorni, qualora l'espellendo abbia già trascorso almeno 3 mesi in carcere. Si è, pertanto, proceduto, con la legge comunitaria 2013 *bis*, ad una riduzione di 6 volte, nelle ipotesi generali, e addirittura di 18 volte, nei casi di stranieri già detenuti per altra causa. Sul punto, L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato l'11.11.2014.

⁷⁶⁸ L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato l'11.11.2014.

legislatore introduce il nuovo - l'ennesimo, in realtà - comma 3 *septies* all'art. 13 T.U. I.M.M., in virtù del quale: “*Nei confronti dello straniero sottoposto alle pene della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità per i reati di cui all' articolo 10 bis o all' articolo 14 , commi 5 ter e 5 quater, l'espulsione prevista dal presente articolo è eseguita in ogni caso e i giorni residui di permanenza domiciliare o di lavoro di pubblica utilità non eseguiti si convertono nella corrispondente pena pecuniaria secondo i criteri di ragguaglio indicati nei commi 2 e 6 dell' articolo 55 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*”.

In sostanza, il provvedimento amministrativo di espulsione dello straniero che si trovi in ognuna delle ipotesi contemplate dall'art. 13 T.U. I.M.M. deve essere eseguito “*in ogni caso*” nei confronti degli stranieri sottoposti alla pena della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità per i reati previsti dall'art. 10 *bis* e dagli articoli 14, comma 5 *ter* e *quater*, fermo restando che i giorni di pena residua si convertono in pena pecuniaria⁷⁶⁹.

Le modifiche appena analizzate, come anticipato, non sono le sole apportate alla disciplina dell'immigrazione⁷⁷⁰: la legge europea ha rappresentato per il legislatore l'occasione per intervenire su più aspetti della disciplina dell'immigrazione, in alcuni casi – come quello dei termini massimi del trattenimento – senza una precisa esigenza di trasposizione⁷⁷¹.

Tuttavia, tenuto conto del silenzio mediatico che ha accompagnato l'approvazione della riforma, resta da verificare se tale scelta, comunque politicamente significativa, costituisca l'inizio di un nuovo programma di politica legislativa in materia o se, viceversa, si tratti di un “*accidente*” destinato a

⁷⁶⁹ Sebbene si tratti di un intervento dall'indubbia valenza politica, come si spiegherà nell'ambito delle note conclusive della presente indagine, non è stato comunque sciolto il coacervo di questioni riguardanti la contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.

⁷⁷⁰ Oltre ad aver riscritto il sistema delle proroghe del trattenimento amministrativo, che torna così alla sua fisionomia originaria di strumento volto a consentire alla pubblica amministrazione il superamento degli ostacoli transitori al rimpatrio, la legge comunitaria 2013 *bis* apporta altre significative modifiche, riguardanti, fra le altre cose, la procedura di intimazione, la materia del rimpatrio dello straniero verso e da altro Paese di provenienza, la durata del divieto di reingresso.

⁷⁷¹ Il cambiamento è netto e non era imposto, in questo caso, dalla necessità di rispettare gli impegni internazionali, considerato che – come si è evidenziato più volte – la Direttiva rimpatri consente il trattenimento sino ad un massimo di 18 mesi.

rimanere senza seguito⁷⁷². Considerata l'enfasi che normalmente accompagna tali tipologie di riforme, la circostanza che l'approvazione di tale legge sia passata sotto pressoché totale silenzio da parte dei *media* nazionali, farebbe propendere, purtroppo, per la seconda delle opzioni prospettate.

6. Conclusioni parziali: utilità dell'approccio della Corte di Giustizia fondato sulla preservazione dell'efficienza del sistema

La disamina delle questioni via via portate all'attenzione della Corte di Giustizia permette, a questo punto della riflessione, di avanzare qualche osservazione, innanzitutto sull'influenza, sempre più significativa, del diritto dell'Unione sul sistema penale interno. Da questo punto di vista, dopo la scadenza, nel dicembre 2010, del termine di attuazione della Direttiva rimpatri e, soprattutto, dopo l'intervento della Corte di Giustizia nell'aprile del 2011 con la sentenza *El Dridi*, il diritto penale dell'immigrazione – tradizionalmente poco frequentato dalla dottrina – è, con ogni probabilità, diventato il terreno principale su cui verificare i rapporti fra fonti europee e sistema penale interno⁷⁷³.

Nonostante la normativa europea, e segnatamente la Direttiva rimpatri, non investa direttamente il settore penale, cionondimeno ha ingenerato, comunque, importanti riflessi in ragione dell'interazione, come si è visto, delle figure penali sull'esecuzione della misura di rimpatrio⁷⁷⁴.

Come si è avuto modo di osservare, l'*iter* che ha condotto all'adozione di tale direttiva è stato lungo e travagliato⁷⁷⁵, soprattutto a causa dell'opposizione di

⁷⁷² L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato l'11.11.2014.

⁷⁷³ L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la Direttiva rimpatri*, reperibile al l'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.11.2013.

⁷⁷⁴ E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, p. 475.

⁷⁷⁵ Basti pensare che, come già osservato, la Commissione aveva presentato una proposta di direttiva nel settembre del 2005 e che, a dispetto dell'approvazione in prima lettura, il

molti Stati. Sin dall'inizio, è emersa l'esistenza di due poli contrapposti: da un lato, quello dell'efficienza del sistema di rimpatrio e, dall'altro, quello della tutela dei diritti fondamentali dello straniero.

Tanto detto, l'analisi della giurisprudenza comunitaria permette, a questo punto della riflessione, di saggiare quale sia stata la chiave di lettura privilegiata dalla Corte di Giustizia: in altre parole, se sia prevalsa una chiave di lettura nel senso dell'efficienza del sistema di rimpatrio ovvero nel senso della tutela dei diritti fondamentali dello straniero.

Orbene, non sembra vi siano dubbi sulla circostanza che la Corte di Giustizia abbia - fondamentalmente - badato alla preservazione dell'efficienza del sistema⁷⁷⁶ ma occorre fare un passo in più.

Nonostante la Direttiva rimpatri sia stata, da più parti, aspramente criticata - si è parlato di “*Direttive dell’infamia*” e di “*Direttiva della vergogna*”⁷⁷⁷ - occorre, tuttavia, riconoscere come, in qualche modo, la stessa abbia determinato un qualche miglioramento nel trattamento giuridico dello straniero. L'approccio efficientista abbracciato dalla Corte di Giustizia si è, in concreto, rivelato utile, quanto meno nella misura in cui ne è derivata la disapplicazione delle normative statali, e segnatamente quella italiana, che sanzionava con pena detentiva le condotte di inosservanza ai provvedimenti di espulsione⁷⁷⁸.

E, pertanto, nonostante il *focus* non sia stato posto sulla posizione del singolo, quanto piuttosto sull'obiettivo generale al celere allontanamento dello

Parlamento e il Consiglio europeo hanno raggiunto un accordo dopo intense e concitate trattative. Già nel corso dei lavori preparatori, infatti, erano emerse due posizioni radicalmente opposte: quella del Consiglio, che metteva l'accento sulla necessità di misure repressive, che consentissero agli Stati membri di reagire efficacemente agli ingressi illegali sul territorio nazionale; e quella del Parlamento europeo, tesa invece a tutelare appieno i diritti delle persone sottoposte alla procedura di allontanamento. Tre anni di negoziati hanno prodotto un testo di compromesso (fra le esigenze contrapposte ora indicate). Sul punto, F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p.16.

⁷⁷⁶ F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p.19.

⁷⁷⁷ Per tutti, H.C. SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersone nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss.

⁷⁷⁸ F. SPITALERI, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, pp. 25-26.

straniero, ne è comunque derivata - quanto meno - la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria, giudicata non incompatibile con la Direttiva rimpatri.

Da tale ultimo punto di vista, l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha permesso altresì di delineare, non solo cosa resti, oggi, dell'impianto punitivo centrato sulla pena detentiva per lo straniero irregolare che ha caratterizzato la politica criminale a tutela della sicurezza pubblica a partire dalla legge Bossi-Fini del 2002 ma, soprattutto, cosa resti, più in particolare, del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., oggetto specifico della presente riflessione.

Sul primo versante, non può sottacersi come la sentenza *El Dridi* abbia inferto un durissimo colpo, non solo e non tanto alla disposizione di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, quanto piuttosto all'intera filosofia su cui si reggeva il sistema penale dell'immigrazione⁷⁷⁹.

Fallisce, in certa misura, un sistema imperniato su pretese di (inutile) esemplarità.

Sul secondo versante, la sentenza *Sagor* appare significativa, quanto meno, sotto due profili.

In primo luogo, nonostante il reato di clandestinità non sia stato dichiarato incompatibile con la direttiva, ne esce comunque stravolto: la Corte interviene, da un lato, sul sistema ammenda-espulsione e, dall'altro, con riferimento alla convertibilità della pena pecuniaria in permanenza domiciliare.

In secondo luogo, ne esce – ancora – più esile dal punto di vista della legittimazione politico-criminale⁷⁸⁰, confermando, ancora una volta, i dubbi più volte sollevati dalla dottrina circa l'inutilità del diritto penale nella materia migratoria.

⁷⁷⁹ E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012.

⁷⁸⁰ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 16.

Ancora, la disamina della giurisprudenza comunitaria permette di avanzare un'ultima osservazione.

Le variegate questioni di legittimità comunitaria sollevate da tribunali e uffici del giudice di pace di molti uffici giudiziari sparsi per l'Italia su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, oltre ad aver fatto cadere alcune delle disposizioni più marcatamente illegittime, danno conto di una domanda di controllo di legittimità tanto diffusa da poter essere essa stessa ritenuta un indicatore significativo della difficile tenuta delle innovazioni normative via via intervenute⁷⁸¹.

In altre parole, nonostante sia necessario riconoscere alla Corte di Giustizia, nonostante tutto, un ruolo di primaria importanza, il piano applicativo, quello dei giudici di merito, giorno dopo giorno chiamati ad applicare le norme, ha avuto un ruolo altrettanto importante. Come un campo di forze che convivono e s'influenzano l'un l'altra, ove il diritto penale come veicolo di discriminazione diviene, in qualche modo, strumento di integrazione: un diritto che, al suo interno, trova i suoi stessi anticorpi⁷⁸², rispetto all'affannosa corsa, da parte del legislatore nazionale, verso soluzioni normative di impronta securitaria, ispirate al verbo della “*tolleranza zero*” nei confronti dell'immigrato irregolare⁷⁸³.

⁷⁸¹ P.L. DI BARI, *La difficile tenuta costituzionale del nuovo reato di c.d. clandestinità alla prova della giurisprudenza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, p. 126.

⁷⁸² Si tratta di considerazioni operate, nel capitolo precedente, con riferimento alle questioni di legittimità costituzionale via via presentate nei confronti di svariate disposizioni del testo unico dell'immigrazione, ma lo stesso discorso vale, in questa sede, con riferimento alle questioni di legittimità comunitaria di volta in volta sollevate: anche in questo caso, il fatto stesso che determinate disposizioni vengano - immediatamente - ritenute di difficile interpretazione e carenti di ragionevolezza dimostra, al di là dell'esito del quesito sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia, che il sistema (in particolare i giudici di merito) ha reagito con prontezza di fronte ad una scelta legislativa di dubbia legittimità; un sistema che, come detto, trova al suo interno i suoi stessi anticorpi. In tal senso, R. CRUPI, *Trattamento differenziato tra cittadini e stranieri: crisi del principio di uguaglianza e strumenti penali per l'integrazione*, (Relazione provvisoria per la Tavola Rotonda “*La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale*” – Modena, 27-28 novembre 2014).

⁷⁸³ C. RENOLDI, *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all'espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della “direttiva rimpatri” e l'entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 72.

NOTE CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. *Il reato di clandestinità tra tutela della sicurezza pubblica e diritto penale simbolico.* – 2. *Un “altro” diritto penale?* – 3. *Una possibile correzione di rotta: la legge del 28.04.2014, n. 67, recante deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio.* – 4. *Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull’immigrazione.*

1. Il reato di clandestinità tra tutela della sicurezza pubblica e diritto penale simbolico

È tempo di tirare le fila della riflessione fin qui sviluppata nella prospettiva indicata in apertura e riassunta nell'intitolazione della presente indagine.

Alla luce dell'analisi effettuata, si rende possibile affermare - *rectius*, confermare - quanto segue.

Oggi, il fenomeno migratorio è considerato essenzialmente come un problema di sicurezza e di ordine pubblico, sintomo che esiste nella società una crescente insofferenza per la diversità, per lo straniero, per l'immigrato.

L'evoluzione del quadro normativo, non solo interno, si è caratterizzata per il progressivo emergere ed affinarsi della categoria dell'«*immigrato clandestino*», che ha favorito l'adozione di misure repressive e di criminalizzazione - dirette ed indirette - nei suoi confronti.

La disamina delle vicende normative sul tema dell'immigrazione ha, infatti, consentito di apprezzare un dato indiscutibile: il ricorso all'arsenale penalistico complessivamente inteso, un tempo assai limitato, è divenuto, nel tempo, costante di ogni interpolazione legale apportata alla disciplina in materia di immigrazione⁷⁸⁴.

In tale contesto, una delle misure paradigmatiche del diritto del migrante irregolare è rappresentata dalla contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale dello straniero, al centro dell'acceso dibattito del quale si è cercato di dar conto nella presente riflessione.

E ciò nella misura in cui, più che altrove, si è trattato di una disposizione voluta per assecondare le invocazioni di sicurezza provenienti da una parte dell'opinione pubblica⁷⁸⁵, ricorrendo allo strumentario penalistico, come

⁷⁸⁴ E. MARZADURI e L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, p. 475.

⁷⁸⁵ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss

spesso accade, per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare rischi, pericoli ed eventi lesivi⁷⁸⁶.

Tenuto conto delle considerazioni effettuate, è ancora più forte l'impressione che, come autorevolmente rilevato, si sia puntato più sull'effetto annuncio del nuovo reato che sulla reale capacità repressiva dello strumento adottato⁷⁸⁷, mettendo in scena una risposta retoricamente efficace ad uno stato d'animo diffuso, che chiede maggiore rigore verso i clandestini⁷⁸⁸.

E così, anche il lessico del discorso pubblico sul penale riflette (e alimenta) perdite di razionalità: è un effetto indesiderabile della stessa democrazia fondata sul consenso elettorale⁷⁸⁹, che premia la capacità di persuadere più che la razionalità del discorso, la spendita vincente di una propria immagine più che la ricerca di intese e di soluzioni effettive e verificabili. Tutto ciò, in sintonia con paure e attese radicate in vasti settori dell'opinione pubblica non può che alimentare, ulteriormente, chiusure identitarie e sentimenti di ostilità⁷⁹⁰.

La sicurezza, dunque, attraverso l'agire congiunto dei *media* e delle stesse istituzioni si converte in una pretesa sociale, in un diritto, al quale lo Stato e, in particolare, il diritto penale, debbono dare una risposta⁷⁹¹.

Orbene, è proprio attraverso questi meccanismi che si produce una delega in bianco ai politici, chiamati ad agire senza restrizioni di sorta, a caccia di una vittoria simbolica, peraltro difficilmente raggiungibile, alla quale sacrificano la garanzia della tutela dei diritti democratici e delle libertà dei cittadini.

Da qui l'aumento, in modo esponenziale e senza controllo, del sentimento di

⁷⁸⁶ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3558.

⁷⁸⁷ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

⁷⁸⁸ D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, p. 1079.

⁷⁸⁹ D'altronde, com'è stato osservato, "sul tema della sicurezza rispetto ai pericoli provenienti soprattutto dagli immigrati extracomunitari si vincono o comunque si scommettono oggi le elezioni politiche nazionali e quelle locali?". Sul punto, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3562.

⁷⁹⁰ D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, pp. 1077 e ss.

⁷⁹¹ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 17.

diffidenza verso il “*diverso*”: la paura fa paura, alla violenza si risponde con la violenza⁷⁹².

Ecco allora che il dibattito intorno al reato di clandestinità ha assunto i toni di una crociata⁷⁹³, tanto nei *media* quanto nel dibattito politico.

E se si scopre il velo dell'ipocrisia, si smaschera una delle vere ragioni che hanno portato all'introduzione, nel sistema italiano, della contravvenzione di clandestinità *ex art. 10 bis* T.U. I.M.M.: non si è trattato, com'è stato rilevato, né di un infortunio né di un cedimento contingente, quanto piuttosto del coronamento (o, almeno, un importante tassello) di un progetto, già in atto da tempo, di precarizzazione della condizione dei migranti⁷⁹⁴.

Non è difficile constatare come, da questo punto di vista, molte delle norme penali dei nostri tempi (e, segnatamente, l'art. 10 *bis* T.U. I.M.M.) presentino un'accentuata, se non prevalente o addirittura esclusiva, funzione simbolica.

Il diritto penale, mai come adesso, è divenuto messaggio, diretto non tanto ai potenziali delinquenti (tradizionali destinatari dello stesso), ma agli *altri*: promana dallo Stato in direzione dei buoni cittadini, in funzione simbolico-espressiva⁷⁹⁵, come ‘*rassicurante-analgico*’, ovvero ‘*palliativo*’, di interventi reali, che mancano o sono comunque carenti, al fine di rassicurare il cittadino (nel senso di convincerlo di stare dalla parte del giusto)⁷⁹⁶.

Il diritto penale è chiamato così ad assolvere una funzione di spartiacque tra ciò che alla compagine sociale appartiene e ciò che da essa deve essere escluso. Prima ancora che la sanzione, è il messaggio penale a dare avvio al processo di

⁷⁹² S. BUDELLI, *Immigrazione: salute, sicurezza, sussidiarietà*, Torino, 2012, p. 8.

⁷⁹³ L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

⁷⁹⁴ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, pp. 9 e ss.

⁷⁹⁵ In tal senso, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice Penale*, 2003, pp. 492-493.

⁷⁹⁶ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, pp. 212-213.

stigmatizzazione⁷⁹⁷.

E quando la politica prende le forme dello spettacolo, le decisioni ed i programmi di decisione sono orientati non tanto a modificare la realtà, quanto piuttosto a modificare l'immagine della realtà negli spettatori: non tanto a soddisfare bisogni reali e la volontà politica dei cittadini quanto piuttosto a venire incontro ai flussi della cosiddetta opinione pubblica⁷⁹⁸.

Alla luce di quanto detto, risulta evidente come qualcosa si stia scardinando: anzi, è la razionalità dei discorsi sul penale a sfilacciarsi, con un confronto pubblico che cede il passo ad approcci di tipo pubblicitario⁷⁹⁹.

Le politiche securitarie traducono, così, il bisogno di sicurezza in diritto alla sicurezza, anche attraverso il diritto penale: com'è stato affermato, “*meno immigrazione, più sicurezza, più diritto penale fanno ormai parte dei discorsi dell'odierna politica criminale*”⁸⁰⁰.

Quanto detto risulta ancora più evidente alla luce dell'analisi esegetica della contravvenzione di clandestinità, che sebbene sia formulata come reato, per così dire, “*comune degli stranieri*”⁸⁰¹, si configura, in realtà, in ipotesi meno numerose di quanto si possa astrattamente immaginare.

Significativo come, da tale punto di vista, taluno, con riferimento all'introduzione del reato di clandestinità, abbia utilizzato l'espressione “*molto*

⁷⁹⁷ M. BELLINA, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 213.

⁷⁹⁸ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 45.

⁷⁹⁹ D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, p. 1081.

⁸⁰⁰ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 241. Secondo l'A., lo si è già evidenziato, “*In questo contesto, il ricorso allo strumento penale rischia di riflettere gli umori della pancia e di assecondare il bisogno di appagare l'insicurezza percepita, mostrando il volto cupo dello strumento più intransigente di controllo di cui l'ordinamento disponga, in assenza di un razionale linea di intervento rispetto ad un fenomeno che è diventato un problema epocale e planetario*”. Nella stessa direzione, F. MANTOVANI, *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, p. 393.

⁸⁰¹ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 18.

rumore per nulla’ nel senso della sostanziale inutilità, nella concreta gestione dei flussi migratori, della disposizione dell’art. 10 *bis*⁸⁰².

Nella stessa prospettiva, non è mancato chi ha rimarcato, in linea con quanto sopra osservato, come si sia trattato di “*una modifica certamente significativa sul piano simbolico-espressivo*” ma con “*un impatto pratico pressoché insignificante sulla situazione dello straniero irregolare*”. Rilevando, fra le altre cose, come la vera stretta sanzionatoria nei confronti dello straniero clandestino sia stata affidata, nei fatti, ad interventi di natura amministrativa⁸⁰³.

La norma commentata è stata censurata, non solo sotto il profilo della sua legittimità costituzionale, ma anche sul piano dell’opportunità. Da tale ultimo punto di vista, da più commentatori è stata evidenziata la sostanziale inutilità della norma, fra le altre cose, per la scarsa efficacia deterrente che può derivare dalla minaccia di una pena pecuniaria per la platea dei possibili destinatari della contravvenzione, costituita per la stragrande maggioranza da migranti spinti all’emigrazione da ragioni di sopravvivenza⁸⁰⁴.

La minaccia della pena pecuniaria non può, infatti, ritenersi dissuasiva nei confronti di soggetti economicamente incapienti⁸⁰⁵, tanto che, com’è stato

⁸⁰² In tal senso, G.L. GATTA, *Il reato di immigrazione clandestina: utile, inutile, dannoso o altro?*, in *Il Ticino*, 23 maggio 2009, p. 13, citato in L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 31.

⁸⁰³ Sul punto, L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 30.

⁸⁰⁴ Sul punto, fra gli altri, L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss., nonché L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all’indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013. Critico, sul punto anche T. PADOVANI, *L’ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Guida Al Diritto. Il Sole 24 Ore*, 2009, p. 15, ad avviso del quale “*la sola pena dell’ammenda*” rappresenta “*un deterrente e una coercizione che per un disperato valgono meno di zero*”.

⁸⁰⁵ Trattasi, infatti, di soggetti che, come più volte ribadito, tipicamente, risultano privi di risorse economiche, cosicché – com’è stato affermato – ciò che la legge richiede loro “*si presenta ex ante inattuabile (in formula, ad impossibilia nemo tenetur), cioè inesigibile (l’esigibilità, quale categoria generale, secondo la scienza penalistica e criminale, è il limite del diritto punitivo statale, il suo confine intrinseco)*”. Così, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, Napoli, 2011, p. 98.

rilevato, la vera sanzione di questo reato, piuttosto che l'ammenda, sia in realtà la sanzione sostitutiva dell'espulsione⁸⁰⁶, a cui può giungersi, è ormai noto, già durante il giudizio per effetto della procedura amministrativa *ex artt. 13 e 14 T.U. I.M.M.*⁸⁰⁷, ovvero all'esito dello stesso giudizio innanzi al giudice, che può applicare l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva.

Di tal guisa ragionando, risulta veramente difficile discostarsi da chi sostiene la natura, oltre che strumentale all'esecuzione dell'espulsione, marcatamente simbolica dell'incriminazione *de qua*, ritenendo che la stessa sia, in ultima istanza, il “*simbolo di una volontà di esclusione dello straniero irregolare che cerca spesso nel diritto penale un alleato se non un succedaneo di un sistema amministrativo non sempre funzionante*”⁸⁰⁸.

Il ricorso al diritto penale, è ormai chiaro, evoca nel corpo elettorale l'idea della “*mano dura contro i clandestini*”: poco conta, poi, che l'armamentario penale messo in campo sia spuntato, dal momento che nel nostro Paese, notoriamente, quella che si è detto essere la reale sanzione inflitta dal reato di clandestinità, l'espulsione, è di fatto votata a non essere eseguita⁸⁰⁹.

Su tale stato di cose, è intervenuta - dapprima - la Corte costituzionale, con una decisione nell'ambito della quale, pur mostrandosi scettica circa la

⁸⁰⁶ A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione Penale*, 2011, pp. 446 e ss.

⁸⁰⁷ Da questo punto di vista, si è già avuto modo di evidenziarlo, non sfugge come la stessa attività processuale del giudice di pace sia destinata a risultare in molti casi inutile e, in particolare, quando nelle more del giudizio il questore comunichi l'esecuzione dell'espulsione disposta in via amministrativa con conseguente pronuncia di sentenza di non luogo a procedere. Così, si appalesa, anche nel solco appena tracciato, ovvero nel parallelismo tra il giudizio penale ed il procedimento amministrativo diretto all'allontanamento dello straniero, un'incongruenza di fondo, una sorta di competizione tra procedura giudiziaria e procedura amministrativa che risulta comprensibile solo se si svela il reale obiettivo del legislatore, quello di ottenere, nel più breve tempo possibile e ad ogni costo, l'espulsione dello straniero.

⁸⁰⁸ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 86.

⁸⁰⁹ G.L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, p. 1331. La previsione di cui all'art. 10 *bis* non elimina, è ormai noto, gli ostacoli che, ad oggi, impediscono l'effettiva esecuzione dei provvedimenti di espulsione tra cui, oltre al problema dei costi, le difficoltà di accertamento dell'identità e della nazionalità del soggetto e la mancata cooperazione al rimpatrio da parte del Paese di provenienza dello straniero.

razionalità complessiva dell'opzione incriminatrice⁸¹⁰, non è intervenuta in senso ablativo, nel rispetto della discrezionalità legislativa in materia di politica criminale e delle scelte in materia di controllo dei flussi migratori⁸¹¹.

Come già evidenziato, già l'*incipit* dell'argomentazione della Corte, la sua premessa metodologica in base alla quale viene riaffermata l'insindacabilità delle scelte politiche del legislatore ancor prima di iniziare qualsivoglia scrutinio della norma oggetto di censura⁸¹², sembra – in qualche modo – decifrarne il senso più autentico⁸¹³. Appare già dalle prime battute del pronunciamento l'impressione di “*una decisione assunta prima e a prescindere dalle motivazioni sviluppate; una motivazione frutto della decisione, e non una decisione frutto della motivazione*”⁸¹⁴.

La Corte conferma, infatti, il suo tradizionale atteggiamento nel senso di un *self restraint* a garanzia della discrezionalità del legislatore, sulla base dell'assunto secondo il quale la decisione sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero sarebbe, in ultima analisi, ascrivibile al nucleo duro della sovranità dello Stato, che si traduce nel potere di controllare il territorio e presidiare le frontiere.

In tale direzione, la Corte aveva già, a più riprese, confermato che il limite della *political question* consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine a contenuto e struttura delle condotte punibili (ed alla configurazione

⁸¹⁰ Fra le altre cose, la Corte ha riconosciuto la duplicazione dei procedimenti amministrativi e penali, nonché la ridotta capacità dissuasiva della pena pecuniaria; eppure, come si è visto, trincerandosi dietro l'insindacabilità nel merito delle scelte legislative, ascrive i profili di irrazionalità del sistema al perimetro dell'opportunità politico-criminale.

⁸¹¹ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1393-1394.

⁸¹² Insindacabilità che, peraltro, viene ribadita in altri passaggi, anche significativi della sentenza e, in particolare, a proposito del principio di offensività (vedasi par. 6.4), nonché con riguardo al sindacato di ragionevolezza (vedasi par. 10).

⁸¹³ Com'è stato già osservato, interessante notare il fatto che la Corte, a mo' di premessa metodologica della sentenza sull'aggravante di costituzionalità, avesse voluto sottolineare, viceversa, che, in via generale, i diritti inviolabili spettano “*ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*”, soprattutto “*nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona*”.

⁸¹⁴ 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, pp. 98-99.

del trattamento sanzionatorio) siano manifestamente irragionevoli, ossia non riflettano l'*id quod plerumque accidit* (a pena di inammissibilità di ogni richiesta che esorbiti da questi argini rigorosi)⁸¹⁵.

A ciò si aggiunga - come detto - l'espedito argomentativo sapientemente utilizzato dalla Corte che, nel distinguere, già all'inizio della motivazione, tra questioni che abbiamo detto essere radicali (*id est*: quelle attinenti alla scelta di penalizzazione) e questioni aventi ad oggetto soltanto specifiche articolazioni della disciplina, riesce ad isolare alcuni indici di irrazionalità della disposizione (che essa stessa riconosce)⁸¹⁶ ed a svalutarne il "*peso specifico*", di tal guisa dilatando il varco, a larghezza variabile, della declaratoria di inammissibilità⁸¹⁷.

Tanto considerato, i limiti di intervento della Corte in relazione all'art. 10 *bis*, almeno in parte, si giustificano con il rischio di entrare in ambiti da lasciare alle scelte politiche del potere legislativo⁸¹⁸.

Come osservato, si è trattato di una scelta - necessariamente - compromissoria. Una soluzione assai prudente, giustificata, forse, dalla considerazione che due pronunzie d'incostituzionalità - rese lo stesso giorno - su una materia così sensibile, sarebbero parse inopportune, soprattutto se inserite nel contesto politico di riferimento⁸¹⁹.

Anzi, secondo taluno, è stato proprio l'elevato impatto politico della normativa censurata a limitare la piena esplicitazione dello scrutinio della Consulta⁸²⁰.

⁸¹⁵ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it - consultato il 26.11.2014.

⁸¹⁶ Si fa riferimento al divieto di sospensione condizionale della pena, alla facoltà di sostituzione della pena pecuniaria con la - ben più afflittiva - sanzione dell'espulsione, all'applicazione della pena principale (pecuniaria) subordinata all'efficacia dell'attività degli organi amministrativi preposti all'esecuzione delle espulsioni.

⁸¹⁷ 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, pp. 99-100.

⁸¹⁸ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 258.

⁸¹⁹ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁸²⁰ 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, p. 109.

O ancora, potrebbe aver inciso la consapevolezza che la partita sull'art. 10 *bis* poteva essere riaperta, vista l'imminenza della scadenza del termine di recepimento della Direttiva rimpatri⁸²¹.

Di lì a poco, si sarebbe, infatti, aperto un nuovo e più intenso terreno di questioni, da portare all'attenzione, stavolta, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Da qui l'auspicio che la questione, non trattata dai giudici della Consulta, venisse portata - come in concreto è accaduto - all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea da quegli stessi giudici di merito chiamati ad applicare le disposizioni interne ma, altresì, quelle di derivazione comunitaria.

Date queste premesse, almeno da questo punto di vista, era lecito aspettarsi che la partita non potesse ritenersi completamente chiusa.

Come prevedibile, infatti, l'art. 10 *bis* è stato, altresì, portato all'attenzione della Corte di Giustizia, poi pronunciata con l'analizzata sentenza *Sagor*.

Nonostante l'apparente "salvataggio" del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* T.U. I.M.M., il meccanismo delineato dal legislatore del 2009, ha tuttavia subito un duro colpo ad opera del giudice europeo⁸²².

Anzi, com'è stato osservato, la fisionomia del reato e delle sue conseguenze ne esce stravolta⁸²³.

Guardando alle conseguenze del pronunciamento passato in rassegna, non può infatti non rilevarsi quanto segue.

Resta intatta la possibilità di sanzionare lo straniero irregolare con la pena dell'ammenda ma una pena siffatta potrà essere sostituita con la misura dell'espulsione soltanto in presenza di una duplice condizione: che vi sia la

⁸²¹ G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, p. 138.

⁸²² GAROFOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 670.

⁸²³ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 16. A dire il vero, secondo l'A., la fattispecie *de qua*, oltre ad uscirne stravolta dal punto di vista della struttura e delle conseguenze, diviene, in definitiva, ancora più esile sul piano della sua legittimazione politico-criminale, se non della sua intrinseca legittimità.

possibilità di una esecuzione immediata dell'espulsione, non sussistendo le condizioni ostative previste; che vi sia che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero⁸²⁴, apprezzato caso per caso dal giudice in base ad un esame individuale della situazione dello stesso⁸²⁵.

Già da questo punto di vista, non può sottacersi come il reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio dello Stato sia stato notevolmente “*svuotato*” rispetto alle intenzioni che ne avevano caratterizzato l'adozione⁸²⁶.

Com'è stato osservato, risulta infatti evidentemente frustrato il (maldestro) tentativo del Ministro degli Interni in carica all'epoca dell'approvazione dell'art. 10 *bis* di eludere, attraverso l'introduzione di questa nuova incriminazione, le disposizioni della Direttiva rimpatri⁸²⁷.

E ancora.

Nell'ipotesi in cui la pena pecuniaria non dovesse essere eseguita – ossia, in pratica, nella quasi totalità dei casi – e nell'ipotesi altrettanto verosimile in cui il condannato non chieda di essere ammesso al lavoro sostitutivo, il giudice non potrà nemmeno convertire la pena in quella della permanenza domiciliare, difettando, al momento della pronuncia, qualsiasi disposizione che consentisse il coordinamento tra l'esecuzione di questa pena e la procedura di

⁸²⁴ Come già osservato, la Corte omette il riferimento alle altre ipotesi previste dall'art. 7, paragrafo 4 della direttiva, richiamando il solo rischio di fuga. Come visto, la Corte in una successiva pronuncia (caso *Mbaye*) ha chiarito il senso di tale inciso, precisando che “*la favoltà di sostituzione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde a una di quelle previste dall'art. 7, paragrafo 4, di tale direttiva*”, con ciò prendendo in considerazione, non solo il rischio di fuga, ma anche l'ipotesi in cui una domanda di soggiorno regolare sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta e quella in cui l'interessato costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

⁸²⁵ Ove tale rischio di fuga non sussista, lo straniero avrebbe infatti diritto ad una decisione di rimpatrio che gli conceda un termine per la partenza volontaria, ai sensi dell'art. 7 della direttiva; termine che, peraltro, il giudice di pace non potrebbe concedergli, nel silenzio sul punto dell'art. 16 T.U. I.M.M. e dello stesso art. 62 *bis* del d. lgs. n. 274/2000, con conseguente impossibilità, in questo caso, di sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione.

⁸²⁶ F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 159.

⁸²⁷ F. VIGANÒ, *La Corte di Giustizia sull'art. 10 bis T.U. I.M.M. e Direttiva rimpatri*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 12.11.2013.

allontanamento coattivo dello straniero. Nessuna disposizione prevedeva⁸²⁸, infatti, che l'esecuzione nei confronti dello straniero dell'obbligo di permanenza domiciliare dovesse avere fine a partire dal momento in cui fosse possibile realizzarne l'allontanamento⁸²⁹.

Tanto considerato, il funzionamento della fattispecie, se non proprio la sua struttura – considerata nel collegamento tra fatto e trattamento sanzionatorio – ne risulta, com'è stato osservato, non solo svuotato, ma, “*a ben guardare, irrimediabilmente squassato*”⁸³⁰.

2. Un “altro” diritto penale?

Ineludibili si presentano, a questo punto, le domande di fondo, poste nel corso della riflessione.

Ebbene, occorre ora chiedersi se il reato di clandestinità sia o meno idoneo a configurare una manifestazione del tanto aborrito diritto penale del nemico ovvero un caso di diritto penale di lotta. O se, viceversa, possa parlarsi di un'ipotesi di diritto penale dell'esclusione o, ancora, dell'indebolimento.

L'interrogativo che residua è, in definitiva, se il legislatore abbia o meno abusato del suo potere repressivo, sortendo come unico effetto quello di scavare un profondo ed anacronistico solco, con ogni probabilità già esistente,

⁸²⁸ Com'è stato rilevato, il legislatore - inaspettatamente - è intervenuto sul punto con la legge comunitaria 2013 *bis*, introducendo una disposizione di raccordo e, in particolare, il nuovo - l'ennesimo, in realtà - comma 3 *septies* all'art. 13 T.U. I.M.M., in virtù del quale: “*Nei confronti dello straniero sottoposto alle pene della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità per i reati di cui all' articolo 10 bis o all' articolo 14 , commi 5 ter e 5 quater, l'espulsione prevista dal presente articolo è eseguita in ogni caso e i giorni residui di permanenza domiciliare o di lavoro di pubblica utilità non eseguiti si convertono nella corrispondente pena pecuniaria secondo i criteri di ragguglio indicati nei commi 2 e 6 dell' articolo 55 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*”. In sostanza, il provvedimento amministrativo di espulsione dello straniero che si trovi in ognuna delle ipotesi contemplate dall'art. 13 T.U. I.M.M. deve essere eseguito “*in ogni caso*” nei confronti degli stranieri sottoposti alla pena della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità per i reati previsti dall'art. 10 *bis* e dagli articoli 14, comma 5 *ter* e *quater*, fermo restando che i giorni di pena residua si convertono in pena pecuniaria.

⁸²⁹ F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 159.

⁸³⁰ A. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 17. Anzi, secondo l'A., si prospetta una situazione di stallo, caratterizzata dall'evanescenza del reato per assenza di sanzione: ineseguitabilità della sanzione, da un lato; non convertibilità per assenza di meccanismi appositi, dall'altro.

tra cittadini e stranieri.

E se, in ultima istanza, la legge abbia dettato, poco ragionevolmente, una sorta di statuto speciale per lo straniero immigrato, emblematico, per quanto qui rileva, di uno dei citati paradigmi punitivi.

Orbene, l'analisi esegetica e le conclusioni raggiunte nell'interpretazione dell'art. 10 *bis* permettono di mettere in luce, da un lato, gli effetti diretti e, dall'altro, quelli indiretti della criminalizzazione della clandestinità.

L'effetto diretto è costituito, è ormai noto, dalla misura dell'espulsione, bandiera politica dell'immigrazione, secondo lo slogan “*gli irregolari devono tornarsene a casa loro*”⁸³¹. Ebbene, si tratta - di fatto - anche della sanzione principale del reato analizzato ma, come ampiamente argomentato, trattasi di un'arma spuntata e, nella sostanza, scarsamente efficace⁸³².

Ad ogni modo, un tale effetto, a prescindere dalla sua concreta efficacia, può essere considerato espressione del diritto penale dell'esclusione, in quanto “*tutte le strade portano all'espulsione*”⁸³³, attraverso strumenti che, anche solo simbolicamente, sono segno, appunto, di esclusione: è già di per sé simbolo la sanzione penale e lo è ancor di più se la funzione propagandata del reato di clandestinità è di potenziare le espulsioni⁸³⁴.

Se gli effetti diretti non vanno al di là di una mera proclamazione simbolica, l'effetto indiretto – la sanzione latente, implicita – è viceversa l'unica veramente effettiva: è quella legata alla condizione di immigrato irregolarmente soggiornante in Italia, vale a dire l'esclusione, attuata attraverso il contributo della disciplina amministrativa, dai diritti fondamentali e dal trattamento

⁸³¹ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 225.

⁸³² Fra gli altri, denuncia la scarsa efficacia del sistema delle espulsioni, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 262.

⁸³³ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 20.

⁸³⁴ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 271.

giuridico di persone *ex lege*⁸³⁵.

In tale prospettiva, il reato di clandestinità si salda, in termini strumentali, con la disciplina amministrativa, in un sistema che, nel complesso, è senza dubbio orientato all'indebolimento, che in maniera forse più subdola, non intende escludere ma, piuttosto, emarginare il soggetto sul piano fisico-materiale e su quello sociale, privandolo di diritti, rendendolo cosa, non-persona⁸³⁶. Un risultato siffatto può essere raggiunto, lo si è già osservato, non solo e non tanto per il tramite di misure repressive di carattere penale. Passi in tale direzione possono essere compiuti, com'è in concreto accaduto, anche attraverso l'esclusione di taluni soggetti (o non-soggetti) dal novero dei soggetti portatori di diritti, qui intesi in funzione dell'accesso a prestazioni e servizi forniti dalla pubblica amministrazione o anche da privati. Si tratta, in altre parole, di tenere taluno ai margini della convivenza civile, impedendogli anche il compimento di atti che rientrano nel nucleo ristretto di quei diritti fondamentali⁸³⁷ che fanno di un essere umano un soggetto di diritto⁸³⁸.

Quale l'obiettivo?

“*Fare terra bruciata*”⁸³⁹ attorno a taluni soggetti sul piano sociale e civile, in quanto ritenuti – per ragioni più o meno comprensibili – indesiderati o

⁸³⁵ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 225.

⁸³⁶ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, p. 21.

⁸³⁷ Ci si riferisce, è ormai noto, ad atti che nulla hanno a che vedere con il diritto penale e che, piuttosto, riguardano la disciplina amministrativa e civile *tout court*. Si è già avuto modo di rilevare come sia possibile tenere taluni soggetti ai margini della convivenza civile anche solo impedendogli di compiere atti come il riconoscimento di un figlio presso gli uffici dello stato civile, o l'iscrizione dello stesso alla scuola secondaria o, ancora, precludendo la possibilità di contrarre matrimonio o, in generale, attraverso l'esclusione della possibilità di usufruire dei servizi pubblici. In altre parole, le misure di carattere amministrativo possono essere molto più afflittive, nei fatti, delle misure repressive di carattere penale, anche se quest'ultimo rimane, comunque, più visibile dal punto di vista comunicativo e simbolico.

⁸³⁸ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72-73.

⁸³⁹ L'espressione della «*terra bruciata*» è di L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 27 e ss.

indesiderabili. Trattare tali soggetti come “*semi-persone*”, o addirittura, come autentiche “*non-persone*”⁸⁴⁰.

Le critiche della dottrina si sono appuntate non solo sull’opportunità o meno dell’introduzione dell’art. 10 *bis*, ma anche sulle novità via via introdotte in materia amministrativa che, in vario modo, rendono ancora più dura la condizione giuridica ed esistenziale del clandestino nel nostro Paese⁸⁴¹.

Le modifiche di natura amministrativa, com’è evidente, incidono in modo assai rilevante sulle condizioni di vita dei clandestini presenti nel nostro Paese, relegandoli sempre più ai margini della convivenza civile⁸⁴², completando, così, il quadro complessivo della disciplina italiana dell’immigrazione irregolare.

Nel complesso, l’obiettivo del legislatore non sembra solo quello di garantire una più rapida espulsione dello straniero clandestino, ma anche – forse soprattutto – quello di determinare il suo progressivo isolamento sociale, ben oltre la soglia cui la sua condizione già lo condanna.

Da questo punto di vista, se l’intenzione del legislatore era – come sembra – quella di “*fare terra bruciata attorno al clandestino*”, con ogni probabilità, almeno in parte, quello stesso legislatore ha colto nel segno con una disciplina penale che, in uno a quella di carattere amministrativo, presenta, come detto, segni rivelatori sia del diritto punitivo dell’esclusione che di quello dell’indebolimento.

E ancora.

Come già ricordato, infine, tanto il diritto penale dell’esclusione, quanto il diritto penale dell’indebolimento possono costituire, in qualche modo, indicatori diagnostici di un diritto penale di lotta, o nei casi più vistosi, di un

⁸⁴⁰ H.C.SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersona nell’Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss. (trad. it a cura di Giuseppe Campesi).

⁸⁴¹ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 72-73.

⁸⁴² L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 81.

diritto penale del nemico⁸⁴³.

Orbene, a detta di molti, tali figure hanno trovato uno dei terreni più fecondi ed una delle più rigogliose propaggini normative proprio nel diritto penale dell'immigrazione, per sua natura separato ed incompatibile con il sistema garantistico riservato al cittadino⁸⁴⁴.

Secondo autorevole dottrina, la politica inaugurata con il pacchetto sicurezza del 2009 costituisce “una politica dell'esclusione, penalmente armata” e, in quanto tale, “quella che più si avvicina, nell'ambito del diritto penale di lotta, alle forme illegittime di diritto penale del nemico”⁸⁴⁵. E ancora, si realizzerebbe, “una forma peculiare di diritto penale d'autore per discriminazione di cittadinanza, e dunque per provenienza geopolitica, dove il soggetto risulta del tutto spersonalizzato, rivelando come esponente di una categoria di estensione mondiale, purché non comunitaria, per ragioni che nulla hanno a che vedere con la sua persona o con la sua specifica condotta”⁸⁴⁶.

E con specifico riferimento all'analizzato reato di clandestinità, si tratterebbe, al di là degli slogan, di “un reato insito nelle persone”⁸⁴⁷, e in quanto tale una fattispecie “odiosa, inutile e razzista”⁸⁴⁸, frutto di “un'arbitraria generalizzazione xenofoba”⁸⁴⁹.

⁸⁴³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 131.

⁸⁴⁴ Fra gli altri, A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.10.2013.

⁸⁴⁵ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 114.

⁸⁴⁶ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 119.

⁸⁴⁷ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 127.

⁸⁴⁸ L. MASERA, *L'inutilità del reato di ingresso e soggiorno illegale e le buone ragioni per la sua rapida abrogazione*, reperibile all'indirizzo web www.asgi.it - consultato il 15.10.2013. Anzi, secondo l'A., si tratta, in ultima istanza, “di un reato inutile previsto da un c.d. “legge manifesto”, che al pari delle grida manzoniane, vuole affermare astrattamente che la clandestinità è reato, perché così si dà l'illusione che lo Stato è forte (con i deboli), poi non importa se non serve a nulla, l'importante è dare all'elettorato il “tranquillante messaggio” dello stigma del “clandestino”, della costruzione normativa del “nemico” e della devianza. L'identificazione clandestino uguale delinquente è così compiuta nell'immaginario collettivo. Quel che importa è il messaggio che si veicola. Ma questo messaggio è un messaggio razzista. Questa è l'utilità vera del reato di clandestinità”.

⁸⁴⁹ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 231.

Si ritiene, tuttavia, che il migrante non sia un nemico in senso jakobsiano, ovvero nel senso di persona che per atto volontario si auto esclude dalla società e nei confronti del quale lo Stato si autolegittima all'espulsione anche dal sistema di tutela giuridica. Piuttosto, lo è negli effetti, nella misura in cui diviene una non persona in diritto.

Come ha efficacemente spiegato Luigi Ferrajoli, si crea una nuova figura, quella della “*persona illegale, fuori legge solo perché tale, priva di diritti*” solo perché giuridicamente invisibile e nulla, “*e perciò esposta a qualsiasi tipo di vessazione*”⁸⁵⁰. Una nuova figura sociale che non viene discriminata solo socialmente ed economicamente come i vecchi migranti, ma anche – e questo è il dato nuovo – giuridicamente. E tale nuova discriminazione giuridica, prosegue l'Autore, ha trovato una delle sue più significative manifestazioni proprio nella previsione del reato di clandestinità⁸⁵¹.

Significative, per chiudere sul punto, le parole di *Hannah Arendt*: “*La società ha scoperto che la discriminazione è la grande arma sociale con cui uccidere gli uomini senza spargere sangue*”⁸⁵².

3. Una possibile correzione di rotta: la legge del 28.04.2014, n. 67, recante deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio

La presente indagine prende le mosse sul finire del 2011.

Il sistema, già oggetto di plurimi interventi normativi e giurisprudenziali, conosce allora un momento di apparente stabilità, fatta salva, all'orizzonte, la pronuncia della Corte di Giustizia in merito alla compatibilità dell'art. 10 *bis* T.U. I.M.M. rispetto all'ordinamento comunitario e, segnatamente, rispetto alla Direttiva rimpatri.

⁸⁵⁰ L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 13.

⁸⁵¹ L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 14.

⁸⁵² H. ARENDT, *Ebraismo e modernità*, trad. it. di Giovanna Bettini, Milano, 1986, p. 47.

Come si è fatto presente nel corso delle notazioni introduttive, nel 2014, viene approvata, in via definitiva, la proposta di legge n. 331-927-B, recante “*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*”.

Orbene, il legislatore ha affidato al Governo il compito di depenalizzare, entro diciotto mesi dal conferimento della delega, una serie di norme incriminatrici, contenute nel codice penale e nella legislazione speciale, fra le quali, è compresa la disposizione di cui all’art. 10 *bis* T.U.I.M.M., oggetto della presente riflessione⁸⁵³.

Com’era stato anticipato, l’opzione prescelta per dare contezza della progressiva evoluzione che ha investito il sistema è stata quella di conservare, comunque, l’esposizione dell’assetto anteriore al detto intervento.

Una scelta siffatta è stata dettata, in sostanza, dalla constatazione che l’analisi normativa e giurisprudenziale sviluppata nel corso della trattazione costituisce, comunque, un punto di partenza necessario per la comprensione delle recenti evoluzioni del sistema.

È stata, pertanto, mantenuta l’impostazione originaria e, solo alla fine della riflessione, si è ritenuto di dover dar conto del recente intervento normativo che, come detto, conferisce delega al governo ai fini della depenalizzazione, fra gli altri, del reato di clandestinità.

Una scelta siffatta ha consentito, fra l’altro, di seguire gli sviluppi progressivamente attuati, nella materia in esame, attraverso le varie tappe che hanno condotto all’attuale assetto legale che comunque, ad oggi, continua a prevedere il reato di clandestinità, all’interno del testo unico sull’immigrazione.

Tanto detto, si ritiene, a tale proposito, sia possibile mettere in luce, quanto meno, due dati.

⁸⁵³ Viene, in particolare, conferita delega al Governo affinché proceda, fra le altre cose, ad “*abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall’art. 10 bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia*”.

Nonostante l'indubbio significato politico dell'intervento normativo in questione, come detto, il sistema, ad oggi, continua a prevedere la criminalizzazione del migrante irregolare.

Il reato di clandestinità è - *sit venia verbo* - ancora vivo e vegeto.

Per il momento, v'è solo una legge che chiede al governo di trasformarlo entro diciotto mesi in un illecito amministrativo. E non è dato sapere, ad oggi, se e quando il governo procederà nella direzione tracciata.

In secondo luogo, vale la pena di ricordare che, anche nell'auspicata ipotesi di approvazione definitiva della proposta abrogativa dell'art. 10 *bis*, rimarrebbe comunque immutata la disciplina all'interno della quale si inserisce, oggi, il reato di clandestinità. Intatte rimarrebbero tutte quelle disposizioni relative ai permessi di soggiorno, ai decreti flussi, alle espulsioni, ai respingimenti, nonché tutta la disciplina di carattere amministrativo di cui si è fatto cenno. Disposizioni, talvolta, irrazionali ed inefficienti, talaltra, semplicemente, ipocrite.

Perché è bene dirlo, nonostante gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia, nonostante il – tardivo – recepimento della Direttiva rimpatri nell'ordinamento italiano che, fra l'altro, poteva rappresentare l'occasione per un ripensamento generale del sistema delle incriminazioni, quest'ultimo, piuttosto, ha assunto, com'è stato osservato, una connotazione ipocrita, considerato che al ridimensionamento dato dalla sostituzione della pena, da detentiva a pecuniaria, non ha fatto seguito un reale cambiamento di rotta del sistema complessivo, rimasto nella sostanza immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi e i principi del diritto penale liberale⁸⁵⁴.

Detto in altri termini, l'intento, pur degno di nota, di depenalizzare il reato di clandestinità non diminuirebbe, comunque, “*gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie rilevate nella disciplina della immigrazione*” per i quali la Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza 22/2007, ha rivolto un

⁸⁵⁴ Per tali considerazioni, si rinvia a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

preoccupato monito al legislatore, rilevando l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminarli.

Di tutto ciò, è stato osservato, “*dovrebbero discutere le forze politiche, assai più che del reato di clandestinità – che proprio nessuna influenza spiega su fenomeni, come quello dell’immigrazione, di proporzioni bibliche – e che andrebbe semmai eliminato per una folla di ragioni assai fondate, ma dallo scarso appeal comunicativo*”⁸⁵⁵.

E così, tenuto conto del silenzio mediatico che ha accompagnato l'approvazione della legge delega⁸⁵⁶, resta da verificare se tale scelta, comunque politicamente significativa, costituisca l'inizio di un nuovo programma di politica legislativa in materia o se, viceversa, si tratti di un “*accidente*” destinato a rimanere senza seguito.

Non resta che aspettare e, nel frattempo, godersi questo importantissimo risultato.

4. Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull’immigrazione

Nel famoso saggio sulle forme di tutela *ante delictum*, Franco Bricola dedicava una lunga nota alle norme sull’immigrazione contenute nel testo unico delle leggi di polizia⁸⁵⁷. L'Illustre Autore si meravigliava della circostanza che le misure da esse previste - applicabili al di fuori di ogni intervento dell'autorità giudiziaria - non fossero state oggetto di eccezioni di illegittimità costituzionale. Le risposte offerte al quesito erano di varia natura: la “*collocazione di questi istituti in una di quelle zone di confine fra rami diversi dell’ordinamento che finiscono per essere le più trascurate*”; “*l'immediata esecutività dei provvedimenti*” che spesso rendeva di fatto impossibile l'accesso al giudice in sede di impugnativa; “*il segreto convincimento circa la politicità della materia e circa il*

⁸⁵⁵ L. MASERA e F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

⁸⁵⁶ Com'era, peraltro, accaduto altresì in occasione dell'approvazione della legge comunitaria 2013 *bis* che, come si è visto, ha avuto effetti senz'altro più dirompenti, quanto meno se si considera la modifica dei termini di trattenimento nei C.I.E., rispetto alla legge delega ora in commento.

⁸⁵⁷ F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, pp. 871 e ss.

necessario affidamento di questi provvedimenti a quel potere (esecutivo) che più direttamente interpreta la volontà politica dello Stato”; ed infine, ma non meno importante, lo scarso interesse manifestato dalla dottrina in sede di critica alle predette misure.

A più di trent’anni dalla sua pubblicazione, il saggio di Bricola offre ancora validi spunti per l’analisi della disciplina giuridica dell’immigrazione e per affrontare i problemi che essa poneva e continua - inevitabilmente - a porre⁸⁵⁸.

La politicità della materia, la sua pertinenza al potere esecutivo e la sua collocazione in una zona di confine tra rami diversi dell’ordinamento hanno fatto del diritto penale dell’immigrazione un argomento tradizionalmente poco frequentato dalla dottrina⁸⁵⁹. Anzi, com’è stato osservato, *“la gestione penale dell’immigrazione è tema che ai penalisti teorici è a lungo sfuggito”*⁸⁶⁰.

Ma qualcosa è cambiato.

A partire dall’approvazione dei pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, da un lato, la dottrina penalistica sembra aver assunto il suo ruolo di coscienza critica del diritto vivente anche con riferimento ad una disciplina di confine, qual è il diritto dell’immigrazione, con una straordinaria fioritura di convegni, studi e pubblicazioni che mostrano un rinnovato interesse, non limitandosi a lamentare la distanza dalla realtà ma misurandosi con l’esistente per modificarlo, a piccoli passi. Con un più attento monitoraggio ed una accorta analisi critica delle scelte del legislatore, anche a partire dall’esperienza applicativa che, spesso più di ogni altra cosa, permette di cogliere profili di incongruenza, di irrazionalità, financo di illegittimità costituzionale.

D’altro canto, lo si è già osservato, il piano applicativo, quello dei giudici di

⁸⁵⁸ A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale ed immigrazione illegale*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 63.

⁸⁵⁹ Da questo punto di vista, taluno ha osservato come la dottrina accademica abbia preferito, per lungo tempo, *“concentrare i propri sforzi monografici su categorie concettuali (causalità, pericolo, cause di giustificazione, colpa, imputabilità) e reati (societari, ambientali) certo assai interessanti sul piano teorico, ma spesso non decisivi per le sorti di molti dei destinatari «veri» del discorso penalistico”*, fra i quali sono senz’altro ricompresi gli immigrati. Per tali considerazioni, si veda C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Critica del diritto*, 2005, p. 228.

⁸⁶⁰ A. DI MARTINO, *L’intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 5-6.

merito, giorno dopo giorno chiamati ad applicare le norme, ha avuto un ruolo altrettanto importante ai fini dell'attuazione, con una fisionomia sempre nuova, del principio di uguaglianza. Le variegate questioni di legittimità costituzionale sollevate da tribunali e uffici del giudice di pace di molti uffici giudiziari sparsi per l'Italia su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, oltre ad aver fatto cadere alcune delle disposizioni più marcatamente illegittime, danno conto di una domanda di controllo di costituzionalità tanto diffusa da poter essere essa stessa ritenuta un indicatore significativo della capacità di resistenza del sistema. Un indicatore della sensibilità e della reattività dei giudici di merito che non hanno esitato ad investire delle questioni più problematiche la Corte costituzionale (e la Corte di Giustizia)⁸⁶¹.

Insomma, un sistema che reagisce con prontezza di fronte a scelte legislative, *in nuce*, di dubbia legittimità. Come un campo di forze che convivono e s'influenzano l'un l'altra, ove il diritto penale come veicolo di discriminazione diviene, in qualche modo, strumento di integrazione: un diritto che, al suo interno, trova i suoi stessi anticorpi⁸⁶².

Si tratta di un fenomeno innegabile nei fatti e che va certamente salutato con favore ma, da un lato, qualcosa è mancato, dall'altro, c'è un aspetto che spesso viene dimenticato.

Orbene, quello che ancora manca è un approccio ampio e interdisciplinare del fenomeno dell'immigrazione, assunto – ormai da tempo – a problema di dimensioni planetarie⁸⁶³. È stato affrontato come patologico un fenomeno, quello migratorio, che lungi dall'essere contingente e transitorio è di contro

⁸⁶¹ R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 1425 e ss.

⁸⁶² In tal senso, R. CRUPI, *Trattamento differenziato tra cittadini e stranieri: crisi del principio di uguaglianza e strumenti penali per l'integrazione*, (Relazione provvisoria per la Tavola Rotonda "La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale" – Modena, 27-28 novembre 2014).

⁸⁶³ F. MANTOVANI, *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, p. 393.

fisiologico⁸⁶⁴. Anzi, considerato il crescente divario fra paesi ricchi e poveri del mondo, si tratta di un fenomeno, non solo ineluttabile, ma verosimilmente destinato a consolidarsi ed incrementarsi nel tempo.

Manca, con ogni probabilità, la consapevolezza che le questioni da affrontare sono di grande complessità e che si tratta di questioni, innanzitutto, umanitarie, ma anche tecnico-giuridiche⁸⁶⁵ e socio-economiche, tutte da trattare insieme. Ed infatti, le migrazioni non dipendono - ormai - esclusivamente dalla ricerca di lavoro, ma da conflitti politici ed etnici, dalla violazione dei diritti umani, da processi lenti e incerti di democratizzazione, dalla mancanza di sicurezza umana, da cause sociali ed economiche come la povertà, la disoccupazione e le disuguaglianze, da problemi ambientali e geografici, da tradizioni storiche e da condizioni sanitarie e demografiche. Molti migranti, poi, non hanno altra scelta che lasciare il loro Paese e costruire una vita altrove e provano a farlo in un luogo ove, non gli sia garantita soltanto la sopravvivenza fisica, ma ove gli siano riconosciuti i più basilari diritti fondamentali⁸⁶⁶.

E manca, in ogni caso, la dovuta informazione, imprescindibile in ambiti, come l'immigrazione, che si prestano ad approcci "emotivi", per non dire "umoralisti", a causa dei quali spesso si ergono, come si è visto, steccati di prevenzione⁸⁶⁷.

È mancato, infine, un integrato approccio europeo che facesse del bilanciamento delle esigenze di sicurezza e della tutela dei diritti fondamentali dei migranti l'asse portante di ogni iniziativa, nel rinnovato contesto normativo

⁸⁶⁴ R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 1425 e ss.

⁸⁶⁵ Questioni tecnico-giuridiche che, a loro volta, non possono non tener conto del dato normativo e di quello giurisprudenziale, della prassi amministrativa e del ruolo dei diversi soggetti istituzionali coinvolti, del diritto statale come di quello comunitario, dei vincoli internazionali e di un approccio comparativo.

⁸⁶⁶ L. TRIA, *Cittadinanza e diritti fondamentali dei migranti*, in *I diritti dell'uomo*, 2013, p. 25.

⁸⁶⁷ L. TRIA, *Cittadinanza e diritti fondamentali dei migranti*, in *I diritti dell'uomo*, 2013, p. 24. Si consideri, fra l'altro, che soprattutto nei momenti di forte crisi economica, come quello che stiamo attraversando, non è sempre facile nemmeno nei paesi occidentali trovare la ricchezza e allora comincia la battaglia tra chi teme d'impoverirsi e i poveri del terzo mondo che arrivano a migliaia. Circostanza, questa, che senz'altro non aiuta a diminuire la distanza - di fatto esistente - tra chi "accoglie" e chi migra nel Paese di destinazione.

ed istituzionale definito a Lisbona che, fra le altre cose, pone la tutela dei diritti fondamentali quale cardine (non solo) delle scelte normative nell'ambito delle politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione ma, più in generale, dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui queste risultano inserite.

Ed è mancata, altresì, un'efficace e coordinata politica di sostegno verso i Paesi dai quali provengono i flussi migratori, con una politica europea (non nazionale) di regolazione dei flussi, con necessaria conclusione di accordi europei con gli Stati terzi perché, è ormai noto, gli accordi bilaterali a volte sono inefficaci e, in ogni caso, non sono sufficienti⁸⁶⁸.

È mancato, ancora, un approccio globale al fenomeno migratorio, fondato, non solo su regole giuridiche stabilite entro i confini nazionali, ma su una rete di interdipendenze che collega ormai le comunità internazionali.

È mancata - in ultima analisi - una *governance* che sia stata in grado di gestire il fenomeno dell'immigrazione a livello globale⁸⁶⁹: è mancato un coerente ed efficace approccio giuridico multi-livello in grado di gestire le risposte degli Stati al fenomeno dell'immigrazione internazionale in maniera coerente e sistematica⁸⁷⁰.

Ma, allo stesso tempo, come si è detto, c'è un aspetto che assai spesso viene dimenticato.

Lo *ius migrandi* è stato uno dei primi diritti fondamentali configurati dalla tradizione liberale classica. Il teologo spagnolo *Francisco De Vitoria* postulò l'esistenza dello *ius migrandi*, definendolo un diritto naturale universale.

Sebbene tale diritto sia stato, per secoli, riconosciuto tra i principi del diritto internazionale, lo stesso, in realtà, è stato per lungo tempo invocato unilateralmente dagli occidentali a sostegno di conquiste, colonizzazioni e guerre.

Anzi, all'origine dell'età moderna (e dell'immigrazione come conquista) i

⁸⁶⁸ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, pp. 800 e ss.

⁸⁶⁹ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 13.

⁸⁷⁰ C. DI STASIO, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 19.

giuristi legittimarono l'occupazione spagnola dei territori d'America proclamando, come diritti universali, il diritto di emigrare e quello di diventare cittadini del luogo di destinazione⁸⁷¹.

Di tale impostazione resta, nella normativa internazionale, l'art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo che sancisce per ogni individuo la libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato, nonché il diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di potere sempre ritornare nel proprio Paese.

Al diritto di emigrare, tuttavia, non corrisponde - con ogni evidenza - un complementare diritto ad immigrare e del principio espresso nel citato art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo rimane, così, soltanto una lontana eco.

Il riconoscimento di quel diritto, in assenza della sua concreta attuazione, evoca, com'è stato efficacemente osservato, *“un viaggio con stazione di partenza ma senza stazione di arrivo”*⁸⁷².

Ma è lo stesso vento che ha spinto noi – occidentali – su altre sponde, in altri periodi storici. La storia spesso si ripete, anche se non con gli stessi protagonisti, e se c'è una differenza sta solo nel modo di stare nella storia, da una parte o dall'altra.

⁸⁷¹ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, p. 13.

⁸⁷² L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, p. 14.

BIBLIOGRAFIA

ALGOSTINO, Alessandra, *Lo straniero «sospeso» tra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione (nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 105 del 2001)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 1345 e ss.

AMALFITANO, Chiara, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cassazione Penale*, 2011, p. 2789.

AMBOS, Kai, *Feindstrafrecht*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006, p. 1-30 (trad. it. *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale, Quaderni di Diritto Penale comparato, internazionale ed europeo*, 2007, pp. 29 e ss).

ARENDT, Hannah, *Ebraismo e modernità*, trad. it. di Giovanna Bettini, Milano, 1986, p. 47.

BAILO, Francesca, *L'aggravante e il reato di clandestinità: illegittimità "tout court" per la prima e rigetto con motivazione "a due tempi" per il secondo, con qualche apertura ad altri profili d'incostituzionalità*, in *Consulta online*, 2011, pp. 24 e ss.

BARATTA, Alessandro, *Prefazione a S. MOCCIA, La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005, p. XV.

BARATTA, Alessandro, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 45.

BARATTA, Alessandro, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia e M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, p. 56.

BARTOLI, Roberto, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, 2011, pp. 17 e ss.

BAUMAN, Zygmund, *Liquid fear*, Cambridge, 2006, trad. it. di Marco Cupellaro, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008.

BECK, Ulrich, *La società del rischio*, trad. it. di Walter Privitera, Roma, 2000, pp. 25-29.

BELLINA, Matteo, *L'immigrato nemico. La detenzione amministrativa dello straniero*, tesi di dottorato, Corso di dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, Università degli Studi di Trieste, XX Ciclo, rel. P. PITTARO, p. 74.

BIONDI DAL MONTE, Francesca, *La sentenza Sagor, cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 158.

BOBBIO, Norberto, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1984.

BONETTI, Paolo, *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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 121.

BONINI, Sergio, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice Penale*, 2003, pp. 492-493.

BRICCHETTI, Renato, PISTORELLI, Luca, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al Diritto*, 2009, pp. 34-29, cit. in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 57.

BRICOLA, Franco, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, pp. 871 e ss.

BUDELLI, Simone, *Immigrazione: salute, sicurezza, sussidiarietà*, Torino, 2012, p. 8.

CADOPPI, Alberto, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 785.

CANCIO MELIÀ, Manuel, *Derecho penal del enemigo* (trad. it. *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale, Quaderni di Diritto Penale comparato, internazionale ed europeo*, 2007, pp. 65-104).

CAPUTO, Angelo, *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 83 e ss.

CAPUTO, Angelo, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, pp. 45 e ss.

CAPUTO, Angelo, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, pp. 1195 e ss.

CAPUTO, Angelo, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, C. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), Milano, 2009, p. 245.

CAPUTO, Angelo, *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), Bologna, 2011, pp. 155 e ss.

CAPUTO, Angelo, *Giurisprudenza costituzionale ed immigrazione illegale*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 23.

CAPUTO, Angelo, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2007, p. 1116.

CAPUTO, Angelo, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 1776.

CAPUTO, Angelo, FEDELBO, Giorgio, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 5.

CASTEL, Robert, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, trad. it. di Mario Galzigna e Maddalena Mapelli, Torino, 2004, p. 3.

CATANANTI, Teodoro, *I reati in materia di immigrazione dopo il pacchetto sicurezza*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 214.

CAVALIERE, Antonio, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 219 e ss.

CENTONZE, Salvatore, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, pp. 11 e ss.

CERETTI, Adolfo, CORNELLI, Roberto, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2009, pp. 3 e ss.

CHERCHI, Roberto, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in www.costituzionalismo.it, 2013, pp. 23 e ss.

CORSI, Cecilia, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, pp. 51 e ss.

CROCE, Riccardo, *L'espulsione amministrativa dello straniero*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Cercola (NA), 2011, p. 214.

CRUPI, Rosaria, *Trattamento differenziato tra cittadini e stranieri: crisi del principio di uguaglianza e strumenti penali per l'integrazione*, (Relazione provvisoria per la Tavola Rotonda "La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale" – Modena, 27-28 novembre 2014).

DEGL'INNOCENTI, Leopoldo, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 58.

DENNINGER, Erhard, *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione" - e l'autonomia della persona*, contenuto in *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, a cura di G. MININNI, 2003, Napoli, pp. 70 e ss.

DE SIMONE, Giulio, in Prefazione a S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010.

DI BARI, Pier Luigi, *La difficile tenuta costituzionale del nuovo reato di c.d. clandestinità alla prova della giurisprudenza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, p. 126.

DI MARTINO, Alberto, *L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 5-6.

DI STASIO, Chiara, *La politica migratoria: da Tampere a Lampedusa*, Napoli, 2012, p. 25.

D'ORAZIO, Giustino, *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, 1992, citato in A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 7.

DINO, Alessandra, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 836.

DONINI, Massimo, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3558.

DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, pp. 55 ss.

DONINI, Massimo, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 735 e ss.

DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, R. E. KOSTORIS e R. ORLANDI (a cura di), Torino, 2006, pp. 19 e ss.

DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 54-55.

DONINI, Massimo, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 119.

DONINI, Massimo, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cassazione Penale*, 2006, p. 736.

DONINI, Massimo, PAPA, Michele, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

FAVILLI, Chiara, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della Direttiva rimpatri*, in *Diritto Penale e Processo*, 2013, pp. 338-339.

FAVILLI, Chiara, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, 2009, p. 5, reperibile all'indirizzo web: www.osservatoriosullefonti.it – consultato il 5.04.2013.

FERRAJOLI, Luigi, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, pp. 9 e ss.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 331 e ss.

FERRAJOLI, Luigi, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 797.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, p. XV.

FERRARO, Fabio, *Le modifiche in tema di reati e sanzioni connessi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica), aggiornato alle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "Mille occhi sulle città" dell'11 febbraio 2010*, F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), Milano, 2010, p. 99.

FIANDACA, Giovanni, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Il Foro Italiano*, 1983, pp. 27 e ss.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2004, p. 28-29.

GABOARDI, Andrea, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione "fuori legge"*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.10.2013.

GAMBERINI, Alessandro, ORLANDI, Renzo, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007.

GARAPON, Antoine, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Parigi, 1996, trad. it. a cura di A. CREMAGNANI, *I custodi dei diritti : giudici e democrazia*, Milano, 1997, p. 79

GAROFOLI, Roberto, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p. 655.

GATTA, Gian Luigi, *Il "reato di clandestinità" (art. 10 bis T.U. I.M.M.) e la "Direttiva Rimpatri"*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

GATTA, Gian Luigi, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, pp. 1323 e ss.

GATTA, Gian Luigi, *Il reato di immigrazione clandestina: utile, inutile, dannoso o altro?*, in *Il Ticino*, 23 maggio 2009, p. 13, citato in L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 31.

GILIBERTO, Andrea, *Direttiva rimpatri: la Corte di giustizia UE conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10 bis T.U.I.M.M.*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.04.2013.

HASSEMER, Winfried, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2008, pp. 15 e ss.

HASSEMER, Winfried, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, 2011, pp. 59 e ss.

HASSEMER, Winfried, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012.

HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbolico y protección de Bienes Jurídicos, in Pena y Estado*, a cura di BUSTOS RAMIREZ, Santiago, 1995, pp. 23 e ss.

HUSTER, Stefan, RUDOLPH, Karsten, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Subrkamp, Frankfurt a.M.*, pu 2008, p. 163 e ss. citato in M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3561.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo* (trad. it. *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, pp. 5-28).

LA ROSA, Mario, “*Clandestinità*” e profili d’illegittimità costituzionale: Corte Cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte Cost. 8 luglio 2010 n. 250, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1407.

LA ROSA, Mario, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, reperibile all’indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 15.02.2012.

LA ROSA, Mario, “*Clandestinità*” e controllo di costituzionalità: di nuovo ai blocchi di partenza, in *Corriere del Merito*, 2010, p. 75.

LORUSSO, Sergio, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 52.

LUHMANN, Niklas, *Die realität der Massenmedien*, 1996, trad. it. *La realtà dei mass media*, Milano, 2000.

MAISTO, Valentina, *L’influenza della Direttiva rimpatri sui reati d’inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 8.

MANES, Vittorio, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, reperibile all’indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 26.11.2014.

MANNA, Adelmo, *Il diritto penale dell'immigrazione, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione Penale*, 2011, pp. 446 e ss.

MANTOVANI, Ferrando, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1003.

MANTOVANI, Ferrando, *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, p. 393.

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2006, pp. 396 e ss.

MARZADURI, Enrico, CORDÌ, Lorenzo, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), Padova, 2012, p. 475.

MASERA, Luca, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato l'11.11.2014.

MASERA, Luca, *L'inutilità del reato di ingresso e soggiorno illegale e le buone ragioni per la sua rapida abrogazione*, reperibile all'indirizzo web www.asgi.it - consultato il 15.10.2013.

MASERA, Luca, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la Direttiva rimpatri*, reperibile al l'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.11.2013.

MASERA, Luca, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, pp. 1373 e ss.

MASERA, Luca, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, p. 28.

MASERA, Luca, VIGANÒ, Francesco, *Abolire la Bossi-Fini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.12.2013.

MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza : tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. 2^a, Roma, 2005.

MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, *Il diritto dell'immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell'integrazione*, in *Corriere Giuridico*, 2009, pp. 441 e ss.

MORSELLI, Carlo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 92.

NICOLAI, Chiara, *Il reato di "clandestinità nella prassi del giudice di pace di Milano*, tesi di laurea, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano, rel. G.L. GATTA, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.07.2014.

ONIDA, Valerio, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, citato in O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 277.

PADOVANI, Tullio, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Guida Al Diritto. Il Sole 24 Ore*, 2009, p. 15.

PALAZZO, Francesco, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, pp. 666 e ss.

PALAZZO, Francesco, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, pp. 53 e ss.

PALERMO, Patrizia, *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Rivista penale*, 2010, p. 816.

PELISSERO, Marco, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 147.

PELISSERO, Marco, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di Prevenzione*, in *Politica del Diritto*, 2011, p. 246.

PELISSERO, Marco, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2007, pp. 684 e ss.

PELISSERO, Marco, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pp. 26-27.

PEPINO, Livio, *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, in *Questione Giustizia*, 1999, pp. 1 e ss.

PEPINO, Livio, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, pp. 9 e ss.

PERRONE, Daria, *Commentario al "Pacchetto Sicurezza" (l. 15 luglio 2009, n. 94)*, G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), Milanofiori Assago (MI), 2011, pp. 74-75.

PERUGIA, Diletta, *Centri di identificazione e di espulsione. Quali diritti per gli immigrati clandestini?*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 10.07.2013.

PISA, Paolo, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto Penale e Processo, Speciale Immigrazione*, 2009, p. 5.

PISA, Paolo, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, p. 804.

PORRO, Andrea, RACCA, Alberto, *L'espulsione dello straniero irregolare fra "giustificato motivo" e "direttiva rimpatri"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, pp. 2255 e ss.

POSSENTI, Ilaria, *Attrarre e respingere. Il dispositivo di immigrazione in Europa*, Pisa, 2012, p. 78.

PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, Torino, 2005, pp. 528 e ss.

PULITANÒ, Domenico, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, pp. 547 e ss.

PULITANÒ, Domenico, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, p. 1079.

RAFFAELLI, Rosa, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbadian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 77.

RENOLDI, Carlo, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, p. 38.

RENOLDI, Carlo, *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all'espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della "direttiva rimpatri" e l'entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 57.

RESTA, Federica, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *L'Indice Penale*, 2006, pp. 181 e ss.

RICCARDI, Giuseppe, *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, pp. 81 e ss.

ROCCHI, Francesca, *Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale alla tratta ed al traffico di migranti*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale, un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 251.

RODOTÀ, Stefano, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 38.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2008, p. 177.

RUGA RIVA, Carlo, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Critica del diritto*, 2005, p. 229.

RUGA RIVA, Carlo, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 132 e ss.

SAVIO, Guido, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, pp. 129 e ss.

SICURELLA, Rosaria, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pp. 1425 e ss.

SILVA SÀNCHEZ, Jesús Mariá, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale delle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 13.

SILVEIRA GORSKI, Hector Claudio, *Stati espulsori e semipersone nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, pp. 59 e ss. (trad. it a cura di Giuseppe Campesi).

SIRACUSA, Licia, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 365 e ss.

SPATARO, Ornella, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 269.

SPITALERI, Fabio, *L'interpretazione della Direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, pp. 16-17.

STEA, Gaetano, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Archivio Penale*, 2013, pp. 903 e ss.

TRIA, Lucia, *Cittadinanza e diritti fondamentali dei migranti*, in *I diritti dell'uomo*, 2013, p. 24.

VARRASO, Gianluca, *Il nuovo rito "a presentazione immediata" dello straniero*, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Torino, 2009, pp. 83 e ss.

VIGANÒ, Francesco, *La Corte di Giustizia sull'art. 10 bis T.U. I.M.M. e Direttiva rimpatri*, reperibile all'indirizzo web: www.dirittopenalecontemporaneo.it – consultato il 12.11.2013.

WALZER, Michael, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, New York, 1977, trad. it. di Fabio Armao, *Guerre giuste e ingiuste: un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Napoli, 1990.