

CAPITOLO I

La condizione del migrante secondo la normativa sovranazionale e i principi costituzionali

1. Premessa. - 2. I principi espressi nelle Convenzioni Internazionali. - 3. Il sistema CEDU e l'immigrazione. - 4. Il quadro U.E. in materia d'immigrazione. - 4.1. I trattati. - 4.2. Regolamenti, direttive, decisioni. - 5. Lo straniero nella Costituzione italiana. - 6. Impianto e *ratio* complessiva del Testo unico sull'immigrazione.

“Non amano l'acqua, molti di loro puzzano perché tengono lo stesso vestito per molte settimane.
Si costruiscono baracche di legno ed alluminio nelle periferie delle città dove vivono, vicini gli uni agli altri.
Quando riescono ad avvicinarsi al centro affittano a caro prezzo appartamenti fatiscenti.
Si presentano di solito in due e cercano una stanza con uso di cucina. Dopo pochi giorni diventano quattro, sei, dieci.
Tra loro parlano lingue a noi incomprensibili, probabilmente antichi dialetti.
Molti bambini vengono utilizzati per chiedere l'elemosina ma sovente davanti alle chiese donne vestite di scuro e uomini quasi sempre anziani invocano pietà, con toni lamentosi e petulanti.
Fanno molti figli che faticano a mantenere e sono assai uniti tra di loro.
Dicono che siano dediti al furto e, se ostacolati, violenti.
Le nostre donne li evitano non solo perché poco attraenti e selvatici ma perché si è diffusa la voce di alcuni stupri consumati dopo agguati in strade periferiche quando le donne tornano dal lavoro.
I nostri governanti hanno aperto troppo gli ingressi alle frontiere ma, soprattutto, non hanno saputo selezionare tra coloro che entrano nel nostro paese per lavorare e quelli che pensano di vivere di espedienti o, addirittura, attività criminali.
Propongo che si privilegino i veneti e i lombardi, tardi di comprendonio e ignoranti ma disposti più di altri a lavorare.
Si adattano ad abitazioni che gli americani rifiutano pur che le famiglie rimangano unite e non contestano il salario.
Gli altri, quelli ai quali è riferita gran parte di questa prima relazione, provengono dal sud dell'Italia. Vi invito a controllare i documenti di provenienza e a rimpatriare i più.
La nostra sicurezza deve essere la prima preoccupazione”.

*Relazione dell'Ispettorato per l'Immigrazione del Congresso americano sugli
immigrati italiani negli Stati Uniti,
Ottobre 1912*

1. Premessa

La storia del mondo è storia di migrazioni ¹.

L'immigrazione è un fenomeno, non databile, che nel tempo ha assunto importanti risvolti in termini economici, sociali e culturali; esso dunque va letto come un dato strutturale, e non come un elemento emergenziale.² La scelta di una rigida regolamentazione giuridica, invece, è relativamente recente, come d'altronde lo è la disciplina inerente all'attribuzione della cittadinanza. Ancor più recente, è la scelta di utilizzare il diritto penale, e non soltanto lo strumentario amministrativo, in questo settore.

Il diritto di emigrare, e inevitabilmente anche quello speculare di immigrare, rappresenta il più antico tra i diritti naturali riconosciuti, già concepito come tale da Francisco de Vitoria, John Locke, Immanuel Kant³, ed affermato, tra l'altro, con il superamento del particolarismo feudale nella Costituzione francese del 1793 all'art. 4⁴, e nella nostra stessa Carta costituzionale all'art. 35 ult. comma⁵.

¹ L. PEPINO, *Una soluzione insoddisfacente dei problemi dell'immigrazione*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 1024 : “La storia del mondo è storia di migrazioni. (...) L'alternativa sta tra il tentativo di fermare il corso della storia e la capacità di guidare i processi di cambiamento verso l'estensione dei diritti, delle libertà, dell'uguaglianza”.

² Una forma di immigrazione diffusa, sistematica e di origine extracomunitaria in Italia, però, si può far risalire solo agli anni '70 - '80. In merito si veda l'approfondita e fortemente discussa indagine criminologica di M. BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, 1998.

³ Sull'esistenza di uno *ius migrandi* alle origini della civiltà giuridica europea, L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 5, 2009, p. 12 ss..

⁴ “Ogni uomo nato e domiciliato in Francia, in età di ventun anni compiuti; - ogni straniero in età di ventun anni compiuti, che, domiciliato in Francia da un anno, vi vive del suo lavoro - o acquista una proprietà - o sposa una francese - o adotta un fanciullo - o mantiene un vecchio - ogni straniero infine, che il Corpo legislativo giudicherà di aver ben meritato dell'umanità - è ammesso all'esercizio dei diritti di cittadino francese.”

⁵ “La Repubblica (...) riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero”. Sul punto, v. Corte Cost., 19 dicembre 1986, n. 269, in *Giust. pen.*, 1987, I, p. 97, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 21 e 35 comma 4 Cost., l'art. 5 co. 1 l. 24 luglio 1930, n. 1278 (Adozione di nuove norme penali in materia di emigrazione), secondo il quale “chiunque con manifesti, circolari, guide, pubblicazioni e con qualsiasi mezzo di pubblicità, eccita l'emigrazione di cittadini italiani, è punito con la reclusione fino a sei mesi e con la multa fino a L. 40.000”.

Il problema è che “dopo cinque secoli di colonizzazioni e rapine non sono più gli occidentali a emigrare nei Paesi poveri del mondo, ma sono al contrario le masse di affamati di quei medesimi Paesi che premono alle nostre frontiere”⁶. E tuttavia, a causa dell’affermarsi del modello di società globale e della conseguente esternalizzazione dei processi produttivi, i nuovi migranti troveranno le nostre frontiere chiuse ed il nostro Mediterraneo militarmente presidiato.

Infatti, dopo il *boom* economico del dopoguerra, che spinse governi ed imprenditori dei Paesi più industrializzati d’Europa (Gran Bretagna, Francia, Germania, Belgio, Olanda, Svizzera) a rivolgersi all’estero per rispondere all’aumentata domanda di lavoro, la crisi petrolifera ed il declino del modello di fabbrica fordista degli anni ‘70 segnò un drastico cambio di rotta nelle politiche migratorie⁷.

Al contempo, a livello mondiale, la gran parte dei flussi migratori iniziò a dirigersi dal sud verso il nord e dall’est verso l’ovest, composta essenzialmente da emigranti sociali; si trattava della “risultante dei grandi squilibri esistenti su scala internazionale e di una concezione del lavoro imposta da alcuni Stati ad altri”⁸. D’altronde, è ragionevole ritenere che “la pressione migratoria dai Paesi poveri a quelli ricchi è maggiore quando coesistono fattori di spinta nei Paesi d’origine, che rendono le condizioni di vita poco accettabili (povertà, elevata disoccupazione, forti diseguaglianze socioeconomiche, restrizioni alla libertà individuale ecc.) e fattori di attrazione nei Paesi di destinazione, che alimentano la speranza di accedere a buone opportunità grazie alla migrazione (lavoro e salari elevati, pieno riconoscimento delle libertà individuali, qualità della vita, ricongiungimento familiare ecc.)”⁹.

⁶ L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, cit., p. 13.

⁷ Per una complessiva ed articolata ricostruzione storica, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, p. 22 ss.

⁸ C. ZANGHI, *Circolazione delle persone e migrazioni nel mediterraneo*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, a cura di M. CARTA, Roma, 2009, p. 54.

⁹ M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L’esercito degli invisibili. Aspetti economici dell’immigrazione clandestina*, Bologna, 2007, p. 21.

Tuttavia, in questo processo di globalizzazione, l'invasione coloniale del *Rest* da parte del *West*¹⁰, con connessa esportazione di modelli culturali occidentali, appare sempre più legittimata; mentre il movimento umano dalle periferie al centro del mondo - sempre in una prospettiva irrimediabilmente etnocentrica - viene sostanzialmente criminalizzato. Dunque, i sudditi delle colonie vengono trattati come tali, anche quando sono loro a venire nei nostri Paesi.

In particolare, l'Italia, posizionata al centro del Mediterraneo, è diventata anello intermedio, se non finale, della catena migratoria¹¹.

In Italia, dove, trattandosi tradizionalmente di un Paese di emigrazione, ci si sarebbe potuti aspettare una maggiore sensibilità alla questione¹², la crisi degli anni '30 - unita alla politica antimigratoria fascista - ha determinato un vero e proprio blocco sia degli ingressi che delle regolarizzazioni¹³.

Queste sono le ragioni - sul piano globale e su quello locale - della progressiva metamorfosi dello *ius migrandi* nel reato di immigrazione clandestina¹⁴, e della conseguente discriminazione degli stranieri, non più solo sociale ed economica, ma anche giuridica. La disuguaglianza nei diritti e la

¹⁰ G. MANTOVANI, *Intercultura. E' possibile evitare le guerre culturali?*, Bologna, 2004, p. 33. Eppure, in questa suddivisione, non è detto che l'Italia rientri nel West; come affermato da Mantovani "(...) Non parliamo dell'Italia che quando non viene divisa in due zone, una europea a nord ed una nordafricana a sud, viene tutta quanta attribuita al nord Africa negli studi cross-culturali sulla gestualità, sulle distanze interpersonali, sugli stili di comunicazione".

¹¹ L. SICO, *Misure di contrasto all'immigrazione clandestina via mare*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, cit., p. 147.

¹² J. SARAMAGO, *L'ultimo quaderno*, Milano, 2010, pp. 125-126 : "Quello che prima era stato sfruttato, e ha perso la memoria di esserlo stato, sfrutterà. Quello che è stato disprezzato, e finge di averlo dimenticato, raffinerà il proprio disprezzo. Quello che ieri hanno mortificato, oggi mortificherà con più rancore. Ed eccoli a scagliare pietre, tutti insieme, contro chi arriva su questa sponda del Bidassoa, come se loro o i genitori, o i nonni, non fossero mai emigrati, come se non avessero mai sofferto per la fame e la disperazione, per l'angoscia e la paura. In verità, in verità vi dico, ci sono modi di essere felici che sono semplicemente odiosi".

¹³ In Italia, il primo anno in cui il saldo migratorio (ossia la differenza tra numero di emigrati da un lato, e numero di rientri o di immigrati stranieri dall'altro) è positivo è il 1974. Cfr. U. MELCHIONDA, *L'immigrazione in Italia*, in *Dei delitti e delle pene*, 93, 1, p. 167.

¹⁴ Pur nella consapevolezza che i "clandestini" sono coloro che hanno varcato illegalmente i nostri confini e non hanno mai posseduto un valido titolo di soggiorno, mentre gli "irregolari" sono soggetti entrati regolarmente poi divenuti irregolari, nel lavoro talvolta si userà il termine clandestini in una accezione onnicomprensiva.

percezione di chi non ha diritti come diseguale ed inferiore rappresentano soltanto l'ovvio stadio successivo.¹⁵

Le considerazioni svolte testimoniano il rapporto di necessaria interdipendenza tra la politica ed il diritto penale dell'immigrazione;¹⁶ tale materia, estremamente complessa, che coinvolge inevitabilmente diversi principi fondamentali per uno Stato sociale di diritto, rappresenta un parametro fondamentale per misurare la correttezza delle scelte di politica criminale di un ordinamento.

Nel presente lavoro si proverà – dopo una breve analisi delle politiche sovranazionali in materia, e rivolgendo invece uno sguardo più profondo al trattamento penalistico e para-penalistico dell'immigrazione clandestina nell'ordinamento italiano – a dimostrare che esiste la possibilità di una deregolamentazione del controllo dei flussi, e che anzi questa opzione può rivelarsi la più efficace, nonché quella più compatibile con i nostri principi costituzionali. Questa tesi, che potrà ritenersi azzardata anche dai più convinti sostenitori dell'universale tutela dei diritti umani - di cui comunque si riporteranno le diverse proposte sul tema - ci appare, invece, confortata da dati economici, nonché da quelli relativi ai tassi di carcerizzazione.

2. I principi espressi nelle Convenzioni internazionali

Il diritto penale dell'immigrazione può essere definito come l'insieme di norme giuridiche che hanno ad oggetto reati commessi dallo straniero o dall'apolide.

Sono generalmente definiti stranieri gli apolidi e i cittadini di Stati diversi da quelli appartenenti all'Unione europea¹⁷, così come chiarito dall'art.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, cit., p. 18.

¹⁶ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, 2005, p. 2.

¹⁷ D'altronde, i diritti del cittadino comunitario, relativamente alla circolazione ed al soggiorno, sono stati autonomamente disciplinati dalla direttiva n. 2004/38/CE, come recepita con il d. lgs. n. 30/ 2007 (il soggiorno fino a tre mesi è libero; per un periodo superiore a tre mesi, ai sensi dell'art. 7, è subordinato alla condizione che il soggetto *a*) sia lavoratore subordinato o autonomo nello Stato; *b*) disponga per sé stesso e per i propri familiari di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato durante il

1 co 1 del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, d. lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni (d'ora in poi denominato t.u.), nonostante la portata del termine straniero abbia suscitato nel tempo non pochi dibattiti.

Le fonti attuali in materia di immigrazione sono rappresentate dalla Costituzione, dal T.u.imm. così come modificato fino ad oggi, nonché dalle norme e dai trattati internazionali e comunitari.

La nostra analisi partirà dai principi espressi nelle Convenzioni internazionali. Essendo quello migratorio un macrofenomeno di tipo sistemico, per la sua analisi non si può, infatti, prescindere dal contesto sovranazionale¹⁸. E' evidente, tuttavia - ed il rischio va preannunciato - che l'intrecciarsi di normative internazionali, europee e nazionali può dar luogo ad interferenze e divergenze di valutazione¹⁹.

Il diritto internazionale prevede espressamente un diritto all'emigrazione, ma non all'immigrazione: è stato giustamente rilevato che "contrapponendosi al concetto di sovranità statale, il diritto alla libera circolazione non può che essere un diritto incompiuto, a senso unico e non

periodo di soggiorno, e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo comunque denominato che copra tutti i rischi nel territorio nazionale; c) sia iscritto presso un istituto pubblico o privato riconosciuto per seguirvi come attività principale un corso di studi o di formazione professionale e disponga, per sé stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato durante il suo periodo di soggiorno, da attestare attraverso una dichiarazione o con altra idonea documentazione, e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo che copra tutti i rischi nel territorio nazionale; d) sia familiare, come definito dall'articolo 2, che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione che ha diritto di soggiornare ai sensi delle lettere a), b) o c); infine, il soggiorno permanente è riconosciuto, ai sensi dell'art. 14, al cittadino dell'Unione che ha soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nel territorio nazionale).

¹⁸ M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2010, 4, p. 16. Pelissero, condivisibilmente, rileva che il diritto penale è deputato a disciplinare microfenomeni, ossia fatti imputabili a singoli soggetti; afferma, altresì, che il diritto penale si presenta come lo strumento meno adatto a gestire il confronto multiculturale, rischiando molto sul crinale tra legittimazione e puro interventismo simbolico.

¹⁹ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in corso di pubblicazione in Atti del Convegno "Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare", 11 Novembre 2011, Prato, patrocinato dall'A.I.D.P. - GRUPPO ITALIANO, Sezione giovani penalisti, p. 2 del dattiloscritto.

reversibile : esso si realizza esclusivamente mediante il diritto di uscire da un determinato territorio”²⁰.

Quindi, il terreno di riflessione va necessariamente spostato sulle norme di diritto internazionale generale che costituiscono *jus cogens* (norme imperative ed inderogabili) e sulle norme convenzionali di diritto particolare ²¹, al fine di rintracciare se esistano delle garanzie mediate a tutela degli immigrati.

Sul piano generale, sono indubbiamente principi di *jus cogens*, in quanto essenziali alla dignità umana, il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti crudeli disumani o degradanti, il diritto a non essere tenuto in stato di servitù o schiavitù, il principio di legalità²².

Inoltre, per quello che più ci interessa direttamente, il divieto di criminalizzare gli immigrati in quanto tali viene generalmente fatto discendere dall’art. 1 par. 3 della Carta delle N.U. che inserisce tra i fini delle Nazioni Unite il “conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione” : ed, infatti, tra i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali rientra - pur se non universalmente riconosciuta - l’inviolabilità della libertà personale, che sarebbe ingiustamente sacrificata qualora si sanzionasse penalmente una mera condizione personale. D’altro canto, sebbene si sia consapevoli della difficoltà di definire l’esistenza e la consistenza di diritti e libertà uniformemente riconosciuti a livello mondiale (il cui rispetto, peraltro, le Nazioni unite si impegnano solo a promuovere ed incoraggiare), e nonostante si sia consci che la libertà personale non è omogeneamente garantita da tutti i

²⁰ S. P. CAPS, *L’immigrazione nel cuore delle contraddizioni del diritto internazionale e del diritto costituzionale nazionale*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, a cura di S. GAMBINO - G. D’IGNAZIO, Milano, 2010, p. 15

²¹ Per una ricostruzione in tal senso, S. CENTONZE, *Diritto penale dell’immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, p. 4 ss.

²² Così, G. CATALDI, *L’immigrazione tra universalità dei diritti umani e particolarità culturali*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, cit., p. 64.

Paesi parte delle N.U., essa è la prima e la principale tra le libertà, senza la quale non avrebbero senso tutte le altre.

Sul piano convenzionale, il divieto di criminalizzazione degli immigrati in dipendenza del proprio *status* di irregolarità - pur se solo sotto un limitato profilo - è sancito principalmente da due Convenzioni²³: la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951, approvata da una conferenza speciale dell'ONU, ed il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, del 2000.

L'art. 31 della Convenzione di Ginevra prevede che “gli Stati Contraenti non prevederanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, in quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari”; mentre, l'art. 33 sancisce il principio di *non refoulement* – principio ritenuto di *jus cogens* – secondo cui nessuno Stato può espellere o respingere, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche : quest'ultimo principio dovrebbe trovare applicazione sia se il respingimento avviene sul territorio dello Stato, sia se è praticato in acque internazionali o in ambito extraterritoriale²⁴. Va osservato che il principio di *non refoulement* è stabilito anche dall'art. 3 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, secondo cui nessuno può espellere, respingere o estradare una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di ritenere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura. Per determinare se tali condizioni sussistano,

²³ Sul punto, A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione Europea*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, cit., p. 333 ss.

²⁴ P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 1, p. 26.

generalmente, le autorità competenti valutano l'esistenza o meno, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce dei diritti dell'uomo.

L'art. 5 del Protocollo addizionale del 2000, invece, esclude una responsabilità penale dei migranti fondata esclusivamente sullo stato di irregolarità.

Non va però sottaciuto, anzitutto, che la Convenzione di Ginevra, all'art. 32, comunque prevede la possibilità di espulsione, da parte degli Stati, di un rifugiato che risiede regolarmente sul loro territorio per motivi di sicurezza nazionale o d'ordine pubblico (e tra l'altro il ricorso avverso una decisione siffatta è ammesso solo laddove motivi impellenti di sicurezza nazionale non vi si oppongano)²⁵; inoltre, e questo rilievo è del tutto assorbente, la Convenzione di Ginevra fa riferimento ad una sola classe di migranti, ossia i rifugiati : premesso che la distinzione tra rifugiati ed immigrati economici oggi non è più tanto netta, in quanto, "in genere, la fame e il sottosviluppo sono condizioni sempre legate a fenomeni politici autoritari e, conseguentemente, l'insieme di queste ragioni spinge alla scelta dell'abbandono del proprio Paese"²⁶, non si può comunque non prendere atto del dato per cui solo ad una limitatissima quantità di migranti viene riconosciuto lo *status* di rifugiato.

Inoltre, per quanto attiene al Protocollo del 2000, sebbene l'immigrato non sia ritenuto penalmente perseguibile rispetto al reato di traffico internazionale di migranti, non è esclusa *a priori* la possibilità di una sua incriminazione per un titolo di reato diverso da quelli ivi previsti.

Ancora, va rilevato che né la Convenzione di Ginevra, né gli altri strumenti internazionali impongono agli Stati un preciso obbligo di concedere l'asilo politico. Vi è, dunque, un diritto del richiedente a cui non corrisponde un obbligo degli Stati, che hanno piena discrezionalità nel valutare la domanda

²⁵ Sull'argomento, F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 3, pp. 487 – 515.

²⁶ L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. giust.*, 1999, 1, p. 3.

e decidere nel merito²⁷. In effetti, la pratica dei respingimenti preventivi in assenza di accertamenti svuota del tutto il principio di *non refoulement*.

Per avere un quadro chiaro del contesto internazionale, all'esame di tali specifiche Convenzioni, va aggiunto il riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti umani, al Patto internazionale sui diritti civili e politici, al Patto sui diritti sociali, economici e culturali²⁸, alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla eliminazione della discriminazione razziale, alla risoluzione generale delle Nazioni Unite n. 40/144 del 1985 con cui fu adottata la "Dichiarazione sui diritti umani delle persone di nazionalità diversa da quella dei Paesi in cui vivono", alla Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie : tutti sanciscono, in maniera più o meno dettagliata, il divieto di discriminazione.

In particolare, la Dichiarazione universale dei diritti umani propone diverse norme a presidio della libertà e dignità umana : l'art. 1, il quale stabilisce che tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza : tali libertà e diritti, ai sensi dell'art. 2, sono riconosciuti senza discriminazioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione; l' art. 6, ai sensi del quale ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica e ad eguali condizioni di lavoro (su questo profilo insiste anche l'art. 23), principio tanto più rilevante visto che - sempre secondo la Carta - ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato ed ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, nonché di farvi ritorno (art. 13); infine, ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni (art. 14).

²⁷ P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, cit., p. 24.

²⁸ Tale Patto, all'art. 2 § 2, prevede che "Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a garantire che i diritti in esso enunciati verranno esercitati senza discriminazione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione".

Ancora, l'art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce che “ciascuno degli Stati parte del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione”. Per quanto riguarda, invece, la libertà di circolazione, nel presente Patto riemerge quella concezione unilaterale della stessa per cui “ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio”, e tuttavia “nessuno può essere arbitrariamente privato del diritto di entrare [solo] nel proprio Paese, in quanto ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio” (art. 12). Allo stesso modo, il divieto di espulsione *ex art.* 13 si riferisce unicamente allo straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato parte del presente Patto.

Infine, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (più conosciuta come Carta di Nizza) garantisce delle tutele essenziali, ma per altro verso minime; all' articolo 19 prevede che “le espulsioni collettive sono vietate e che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”; all'art. 18 sancisce, invece, che “il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea”. In ogni caso, ai sensi dell'art. 15, “ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro”, mentre “i cittadini dei Paesi terzi che [e quindi solo se] sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione”.

Infine, va osservato che una tutela più pregnante è riconosciuta ai minori per i quali sono disposte misure protettive teoricamente più significative

(v. l'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici²⁹, e l'art. 20 della Convenzione sui diritti del fanciullo³⁰).

Tanto premesso, va tuttavia osservato che - anche per quanto riguarda questi minimi *standard* di tutela - “sul piano internazionale universale il sistema di garanzie risulta poco efficace, giacché affidato ai tradizionali meccanismi arbitrali di risoluzione delle controversie che, in fatto, non sono utilizzabili propriamente”³¹ : vi è un “enorme divario tra l'ampiezza del dibattito teorico sui diritti dell'uomo e i limiti entro cui si svolge la loro effettiva protezione nei singoli Stati e nel sistema internazionale”³².

Ad ogni modo, al di là delle minime garanzie menzionate, comunque legate a *status* particolari, mentre appare generalmente riconosciuta la libertà di uscire dal territorio del proprio Stato e quella generica di circolare all'interno di uno Stato - sebbene l'esercizio di tale diritto possa essere accompagnato da restrizioni dovute alla tutela di interessi pubblici degli Stati (*in primis* la sicurezza pubblica) - non è altrettanto garantito, invece, il diritto ad entrare nel territorio di un altro Stato; inoltre, anche laddove quest'ultimo ‘diritto all'entrata’ fosse tutelato, non è comunque garantita uguaglianza di diritti, libertà e tutele rispetto ai cittadini. Ed infatti, come si vedrà, negli ordinamenti interni vengono tendenzialmente distinti diritti fondamentali riconosciuti a tutti, diritti propri dei cittadini, diritti applicabili esclusivamente agli stranieri regolari o vulnerabili (quelli legati, ad esempio, alle garanzie nelle procedure espulsive, che non sono riconosciute agli irregolari)³³.

²⁹ “Ogni fanciullo, senza discriminazione alcuna fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica o la nascita, ha diritto a quelle misure protettive che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della società e dello Stato”.

³⁰ “Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Gli Stati parte prevedono per questo fanciullo una protezione”.

³¹ P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, cit., p. 26 s.

³² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 85.

³³ Su questo triplice livello di movimenti e di garanzie, diffusamente, C. ZANGHI', *Circolazione delle persone e migrazioni nel mediterraneo*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, cit., p. 39 ss.

Tale distinzione appare tanto più irragionevole, quanto più si prenda consapevolezza di vivere in un'era nella quale di fatto è spezzato il legame tra cittadino e nazionalità³⁴.

3. Il sistema CEDU e l'immigrazione

Specifiche menzioni vanno fatte alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi denominata CEDU), stipulata con un Trattato internazionale redatto dal Consiglio d'Europa nel 1950, con cui è stata pure istituita la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi denominata Corte EDU). Va anche ricordata la Carta sociale europea del 1961, anch'essa emanata dal Consiglio d'Europa, che completa il sistema di garanzia dei diritti dell'uomo.

La CEDU non protegge in modo diretto, bensì indirettamente o *par ricochet*, i diritti che riguardano l'ingresso, il soggiorno, il diritto d'asilo, i profili dell'espulsione e dell'extradizione³⁵. Si tratta di una protezione "*par ricochet*", perché lo straniero, il migrante, non è tutelato in quanto tale: tutelati sono i diritti relativi alla sua persona, quali il diritto alla vita, il divieto di trattamenti disumani e degradanti, il diritto alla vita privata e familiare³⁶.

Per questo può essere utile passare in rassegna il contenuto, nonché le elaborazioni giurisprudenziali formatesi attorno agli artt. 3, 5, 7 ed 8 CEDU. Ed, infatti, la CEDU è singolarmente "ipertestuale", in quanto va letta alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che è una giurisprudenza del caso concreto³⁷ e dell'effettività, più che dell'organicità astratta del sistema³⁸ :

³⁴ C. AMIRANTE, *Cittadinanza*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2004, pp. 8-9.

³⁵ B. NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit., p. 33.

³⁶ B. NASCIMBENE, *Human rights and citizenship : The challenge of migrations*, Intervento al Convegno dell'ISPI, Milano, 13 novembre 2006, consultabile su http://www.ispionline.it/it/documents/presentazione_nascimbene.pdf.

³⁷ Va ricordato, tuttavia, che proprio di recente la Corte suprema (Cass. Pen., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, in *CED Cass. pen.*, 2012) ha affermato che «la giurisprudenza della Corte EDU, originariamente finalizzata alla soluzione di specifiche controversie relative a casi concreti, si è caratterizzata nel tempo "per una evoluzione improntata alla valorizzazione di una

perciò, e di questo si intende avvertire, può essere fuorviante derivarne principi generalmente applicabili.

L'art. 3, relativo al divieto di tortura, sancisce che nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti³⁹. Tali garanzie si applicano pacificamente a tutti gli immigrati, indipendentemente dalla condizione di regolarità o meno⁴⁰.

In proposito, è stata frequentemente ribadita - non senza proteste da parte dell'Italia - l'operatività senza eccezioni del principio di *non refoulement*, pena una violazione dell'art. 3.⁴¹

funzione para-costituzionale di tutela dell'interesse generale al rispetto del diritto oggettivo". Sempre più frequentemente, infatti, le sentenze della Corte, nel rilevare la contrarietà alla CEDU di situazioni interne di portata generale, danno indicazioni allo Stato responsabile sui rimedi da adottare per rimuovere la rilevata disfunzione sistemica nel proprio ordinamento interno. La tecnica delle cd. "sentenze pilota", affidata - dapprima - alla prassi in difetto di una esplicita base normativa, è stata recentemente formalizzata nel regolamento di procedura della Corte, emendato a tale scopo nel febbraio 2011 e in vigore, per come modificato, dal 1 aprile 2011. L'effettività dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo è stata, inoltre, accresciuta sensibilmente, sul piano internazionale, dall'entrata in vigore, nel giugno 2010, del Protocollo n. 14 alla CEDU, il quale, modificando l'art. 46 della Convenzione, ha introdotto una procedura di infrazione, che "giurisdizionalizza il meccanismo di supervisione sull'attuazione delle sentenze della Corte", meccanismo certamente attivabile anche in caso di mancato rispetto di "sentenza pilota". La necessità degli ordinamenti interni di assicurare, anche a prescindere da un intervento del giudice europeo sul caso concreto, il rispetto degli obblighi convenzionali, così come già individuati dalla Corte EDU, di porre fine a persistenti violazioni degli stessi e di prevenire nuove violazioni pone certamente delicati problemi giuridici sulla tenuta di situazioni già definite con sentenze passate in giudicato, ma in palese contrasto con i diritti fondamentali tutelati convenzionalmente (...).

³⁸ Così, V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi "vincoli" per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES, V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, p. 7, ove è altresì messa in luce la natura prevalentemente giurisprudenziale del diritto CEDU.

³⁹ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 3 CEDU, nel periodo 2008 - 2010, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 - 2010 : il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 221 ss.

⁴⁰ C. eur. dir. uomo, sez. V, 20 gennaio 2009, *Slawomir Musial c Pologne*, ric. n. 28300/06. Le decisioni della Corte EDU sono reperibili sul sito <http://www.echr.coe.int> nell'HUDOC database.

⁴¹ C. eur. dir. Uomo, sez. II, 24 marzo 2009, *Abdelhedi e altri c. Italia*, ric. n. 2638/07; nonché, stessa sezione e stesso giorno, *Ben Salah c. Italia*, ric. n. 38128/06; *Bouyahia c. Italia*, ric. n. 46792/06; *Hamraoui c. Italia*, ric. n. 16201/07; *Soltana c. Italia*, ric. n. 37336/06; C. eur. dir. Uomo, sez. II, 24 febbraio 2009, *Benkhemais c. Italia*, ric. n. 246/07; C. eur. dir. Uomo, sez. II, 13 aprile 2010, *Trabelsi c. Italia*, ric. n. 50163/08.

La Corte EDU, infatti, ha avuto più volte modo di affermare che la pur rilevante pericolosità sociale del ricorrente non può giustificare un provvedimento di espulsione verso un Paese in cui questi corra un rischio apprezzabile di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti⁴²: la tutela di ciascun individuo dai trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU è un valore non suscettibile di bilanciamento, neppure laddove vengano in rilievo interessi di rango elevato, quali la tutela dell'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e quindi non derogabile neanche nelle circostanze più difficili come la lotta al terrorismo e al crimine organizzato⁴³.

In particolare, i seri e fondati timori di maltrattamenti possono derivare da atti provenienti da autorità pubbliche, ma anche da fazioni politiche in lotta o da privati⁴⁴.

Per quanto riguarda, inoltre, le espulsioni collettive, si è ripetutamente sostenuto che bisogna tenere in considerazione la diversa e specifica posizione di ogni individuo nella fase della procedure di espulsione⁴⁵.

Sentenze dello stesso tenore sono rinvenibili anche in materia di estradizione⁴⁶, ed in riferimento all'espulsione di rifugiati per il sopravvenire di condanne penali.⁴⁷

E' tuttavia evidente che i provvedimenti di espulsione sono generalmente ammissibili⁴⁸: inoltre, lo stato di bisogno del migrante non

⁴² C. eur. dir. uomo, grande camera, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06; C. eur. dir. uomo, sez. V, 22 settembre 2011, *H.R. c. Francia*, ric. n. 64780/09; C. eur. dir. uomo, sez. I, 5 aprile 2011, *Toumi c. Italia*, ric. n. 25716/09; C. eur. dir. Uomo, plenaria, 20 marzo 1991, *Cruz Varas c. Svezia*, ric. n. 15576/89; C. eur. Dir. Uomo, sez. II, sent. 31 gennaio 2012, ric. n. 50012/08, *M.S. c. Belgio*.

⁴³ C. eur. dir. Uomo, grande camera, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95; C. eur. dir. Uomo, 7 ottobre 2004, *Dragan e altri c. Germania*.

⁴⁴ C. eur. dir. Uomo, 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*, ric. n. 25964/94; C. eur. dir. Uomo, 29 aprile 1997, *H.L.R. c. Francia*, ric. n. 24573/94.

⁴⁵ P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, cit., p. 28.

⁴⁶ C. eur. dir. Uomo, 19 novembre 2009, *Kaboulov c. Ucraina*, ric. n. 41015/04; C. eur. dir. Uomo, 18 febbraio 2010, *Baysakov e altri c. Ucraina*, ric. n. 54131/08; C. eur. dir. uomo, sez. I, 8 luglio 2010, *Yuldashev c. Russia*, ric. n. 1248/09; C. eur. dir. uomo, sez. II, 13 luglio 2010, *Dbouba c. Turchia*, ric. n. 15916/09; in particolare, per la violazione dell'art. 3 in ipotesi di estradizione verso un Paese in cui il soggetto corra il concreto rischio di subire una condanna capitale, C. eur. dir. uomo, sent. 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88, *Soering c. Gran Bretagna*.

⁴⁷ C. eur. dir. uomo, sez. IV, 28 giugno 2011, ric. n. 8319/07 e 11449/07, *Sufi ed Elmi c. Regno Unito*.

rientra fra gli indici sintomatici di una violazione della dignità da parte del Paese d'origine⁴⁹, cosicché la dignità degli extracomunitari - a differenza di quella degli europei - sganciata dalle condizioni di povertà diventa più evanescente e meno concreta⁵⁰; ancora, il ricorrente non può invocare la necessità di cure mediche nello Stato ospitante, se non in circostanze eccezionali.⁵¹

La Corte di Strasburgo ha altresì affermato che l'adesione ai trattati internazionali sui diritti dell'uomo da parte di uno Stato che non è parte della Convenzione non è di per sé sufficiente a garantire un'adeguata protezione da eventuali trattamenti disumani, soprattutto in Paesi laddove vengano svolte o tollerate pratiche manifestamente contrarie alla Convenzione : una tale situazione è stata riconosciuta ad esempio per la Libia⁵². Sulla base delle stesse argomentazioni, medesima conclusione è stata raggiunta anche per la Turchia, che pure essendo uno Stato membro della Convenzione, che dovrebbe assicurare il rispetto del diritto alla vita e l'interdizione di trattamenti disumani o degradanti, nel caso specifico cui si fa riferimento aveva sottoposto un individuo a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU⁵³.

L'art. 3 è stato applicato, tra l'altro, riscontrando violazioni in relazione alle condizioni di detenzione nei centri di espulsione⁵⁴. Per quanto riguarda la durata di tale detenzione, tuttavia, la Corte non esclude che, in ipotesi eccezionali (ad esempio, laddove un soggetto trattenga informazioni che sono

⁴⁸ C. eur. dir. uomo, 21 aprile 1997, *D. c. Regno Unito*, ric. n. 30240/1996.

⁴⁹ C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 24 gennaio 2012, ric. n. 12096/10, *S.S. c. Gran Bretagna*, che ribadisce, con un breve *obiter dictum*, il principio per cui il rischio di indigenza nel Paese d'origine non è motivo ostativo all'espulsione, se non in casi eccezionali di accertata impossibilità di soddisfare i bisogni essenziali di vita.

⁵⁰ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 235.

⁵¹ C. eur. dir. uomo, sez. V, 13 ottobre 2011, *Husseini c. Svezia*, ric. n. 10611/09; cfr., altresì, C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 27 ottobre 2011, ric. n. 37075/09, *Ahorugeze c. Svezia*, secondo cui gli stranieri espulsi o estradati non possono, in linea di principio, rivendicare alcun diritto a rimanere nel territorio per beneficiare di assistenza medica, sociale o di altro tipo di servizi. Dunque, il fatto che le strutture mediche nel Paese d'estradiizione siano qualitativamente inferiori a quelle disponibili nello Stato estradante non può determinare una violazione dell'art. 3, se non in casi eccezionali.

⁵² C. eur. dir. uomo, sez. III, 20 luglio 2010, *A. c. Paesi Bassi*, ric. n. 4900/06.

⁵³ C. eur. dir. uomo, sez. I, 7 giugno 2011, *R.U. c. Grecia*, ric. n. 2237/08.

⁵⁴ C. eur. dir. uomo, sez. I, 7 giugno 2011, *R.U. c. Grecia*, ric. n. 2237/08; C. eur. dir. uomo, sez. I, 11 giugno 2009, *S. D. c. Grecia*, ric. n. 53541/07.

richieste ai fini della sua deportazione), la detenzione possa eccedere un periodo ragionevole⁵⁵. Invece, per quanto attiene ai minori, è stato rilevato che la promiscuità, lo stress, l'insicurezza e l'atmosfera ostile di questi centri li rendono incompatibili con i principi internazionali di protezione dell'infanzia, secondo i quali - tra l'altro - le autorità devono prevedere come *extrema ratio* la possibilità di detenzione dei minori per lunghi periodi.⁵⁶

Sul piano procedurale, infine, va rilevato che la Corte assai spesso ha fondato il suo giudizio relativamente al rischio di sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti sulla base dei riscontri contenuti nei *reports* di Amnesty International, UNHCR, ed in generale di o.n.g. operanti sul territorio⁵⁷.

Passando all'esame dell'art. 5 § 1 Cedu, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza, va rilevato che esso, nel prevedere che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza, stabilisce altresì che nessuno possa essere privato della libertà salvo in casi tassativamente previsti: tra quest'ultimi, alla lettera f), rientra il caso dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione⁵⁸.

In particolare, il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione appare ammissibile anche in assenza di motivazioni inerenti ad un effettivo pericolo di fuga ovvero di commissione di reati da parte del medesimo, seppure nel rispetto del principio di proporzione.⁵⁹ La detenzione dello straniero diviene, invece, sproporzionata rispetto allo

⁵⁵ C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 24 gennaio 2012, ric. n. 2134/10, *Tabassum c. Gran Bretagna*.

⁵⁶ Per una recente pronuncia in tal senso, C. eur. dir. uomo, sez. V, 19 gennaio 2012, *Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07.

⁵⁷ C. eur. dir. uomo, sez. II, 13 aprile 2010, *Charahili c. Turchia*, ric. n. 46605/07; C. eur. dir. uomo, sez. III, 20 luglio 2010, *N. c. Svezia*, ric. n. 23505/09; o ancora, C. eur. dir. uomo, sez. I, 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia*, ric. n. 17185/05, ove la Corte ha riconosciuto la violazione degli artt. 3 e 5 § 1 CEDU, facendo riferimento anche ai *reports* di organizzazioni internazionali sulla situazione in Tagikistan; così, anche C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 21 ottobre 2010, *Gafarov c. Russia*, ric. n. 25404/09, e C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 4 novembre 2010, *Sultanov c. Russia*, ric. n. 15303/09.

⁵⁸ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 5 CEDU, nel periodo 2008 – 2010, Cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il diritto alla libertà personale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 255 ss.

⁵⁹ C. eur. dir. uomo, grande camera, 25 ottobre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93.

scopo, ad esempio, allorché lo Stato ometta di attivarsi con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendano possibile l'espulsione⁶⁰ oppure se si rivela l'impossibilità per le autorità nazionali di procurarsi i documenti necessari per eseguire l'allontanamento⁶¹, o quando la privazione della libertà personale del ricorrente non poteva ritenersi legittima, in quanto le autorità nazionali non avevano tenuto in alcuna considerazione la possibilità di sottoporre un minore ad una misura meno afflittiva rispetto alla privazione della sua libertà personale⁶². Si è affermato, altresì, che il solo fatto del ritardo delle autorità governative nel tentare di ottenere i documenti necessari all'espulsione del ricorrente esclude che la diligenza richiesta sia stata osservata.⁶³ Si ritiene, in maniera conforme ma più ampia, che il rispetto della legalità formale non giustifichi la detenzione allorché la stessa risulti sostanzialmente arbitraria, perché sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito o determinata dalla mera inerzia dell'Autorità per i rifugiati.⁶⁴

Ancora, la questione della legittimità del trattenimento del richiedente asilo politico resta estremamente problematica: se, da un lato, le fonti internazionali sembrano escludere tale possibilità, dall'altro, la Corte europea sembra invece propensa a ritenere consentito il trattamento dello straniero nel corso del procedimento di asilo ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. f) CEDU⁶⁵. Si rinvencono, tuttavia, recenti affermazioni secondo cui l'espulsione di una persona che abbia fatto domanda di asilo non è permessa fino alla decisione definitiva sulla domanda stessa.⁶⁶

La Corte ha altresì stabilito la necessità di riconoscere - in tutte le suindicate ipotesi di cosiddetta 'detenzione amministrativa' - il diritto ad un

⁶⁰ C. eur. dir. uomo, sez. I, 26 novembre 2009, *Tabesch c. Grecia*, ric. n. 8256/07; Cfr., altresì, C. eur. dir. uomo, sez. V, 19 gennaio 2012, *Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07.

⁶¹ C. eur. dir. uomo, sez. V, 8 ottobre 2009, *Mikolenko c. Estonia*, ric. n. 10664/05.

⁶² C. eur. dir. uomo, sez. I, 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia*, ric. n. 8687/08.

⁶³ C. eur. dir. uomo, sez. IV, 26 luglio 2011, *M. e altri c. Bulgaria*, ric. n. 41416/08.

⁶⁴ C. eur. dir. uomo, sez. II, 20 settembre 2011, *Lokpo e Tourè c. Ungheria*, ric. n. 10816/10.

⁶⁵ Sul punto, C. eur. dir. uomo, grande camera, 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, ric. n. 30696/09.

⁶⁶ C. eur. dir. uomo, sez. I, 7 giugno 2011, *R.U. c. Grecia*, ric. n. 2237/08.

ricorso effettivo⁶⁷, il diritto ad essere informato in una lingua comprensibile ed il dovere di motivazione puntuale⁶⁸.

Tuttavia, nei casi di procedura espulsiva sembra venir meno l'apparato di garanzie di cui all'art. 5 co. 1 lett. c), norma che prevede il regime tipico delle limitazioni alla libertà personale connesse a reato, al contempo però attivando le garanzie dell' *habeas corpus*. Il trattenimento e l'accompagnamento coattivo, quindi, possono essere applicati in via del tutto discrezionale ed in assenza di qualsiasi intervento *ex ante* o *ex post* dell'autorità giudiziaria, riservando la Corte EDU attenzione principalmente ai soli aspetti della non arbitrarietà e ricorribilità dei provvedimenti restrittivi⁶⁹ (laddove l'arbitrarietà, ad esempio, si manifesterebbe nello sviamento di potere, consistente nel perseguimento di finalità improprie, o nella reiterazione del provvedimento senza giustificato motivo⁷⁰). Casi limite di interventi più incisivi della Corte EDU si rinvencono solo in rapporto a lesioni macroscopiche⁷¹.

Un'ulteriore fonte di perplessità è determinata dalla mancanza di estensione delle garanzie dell'art. 6 CEDU in tema di giusto processo - in particolare quelle di cui al terzo comma - ai provvedimenti sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero, poiché tale norma viene ritenuta applicabile alle sole controversie civili e penali *strictu sensu* intese⁷².

Ancora, l'art. 7 par. 1 CEDU prevede che nessuno possa essere condannato per un'azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituiva reato secondo il diritto interno o secondo il diritto

⁶⁷ C. eur. dir. uomo, sez. III, 20 luglio 2010, *A v. Paesi Bassi*, ric. n. 4900/06; stessa data e stessa sezione, *Ramzy v. Paesi Bassi*, ric. n. 25424/05, nonché, *N. v. Svezia*, ric. n. 23505/09.

⁶⁸ C. eur. dir. uomo, sez. II, 13 luglio 2010, *D. B. c. Turchia*, ric. n. 33526/08.

⁶⁹ P. STANCATI, *La disciplina multilivello dello status libertatis del non cittadino, con particolare riferimento al concorso del parametro internazionale con i presidi di garanzia costituzionali: note critiche e ricostruttive*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, cit., p. 372 ss.

⁷⁰ C. eur. dir. uomo, sez. III, 4 agosto 2005, *Zeciri c. Italia*, ric. n. 55764/005; C. eur. dir. uomo, sez. III, 5 maggio 2002, *Conka c. Belgio*, ric. n. 51564/99.

⁷¹ C. eur. dir. uomo, sez. II, 4 aprile 2000, *Witold Litwa c. Polonia*, ric. n. 26629/95; C. eur. dir. uomo, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92.

⁷² P. STANCATI, *La disciplina multilivello dello status libertatis del non cittadino*, cit., p. 380; per un caso, C. eur. dir. uomo, grande camera, 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98.

internazionale⁷³; esso stabilisce altresì che non può essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Ebbene, tale principio - da non sovrapporre assolutamente con quello di legalità previsto nel nostro ordinamento⁷⁴ - e le garanzie ad esso connesse sono state ritenute applicabili anche in relazione alla misura amministrativa dell'espulsione dello straniero⁷⁵. La Corte estendendo le garanzie della pena anche alle misure preventive - ossia *ante delictum* - ha ammesso, ad esempio, la irretroattività della disposizione più sfavorevole.

L'art. 8, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, stabilisce che ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza e che non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto, se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il

⁷³ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 7 Cedu, nel periodo 2008 – 2010, Cfr. G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : il principio di legalità in materia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 281 ss.

⁷⁴ Sul punto, v. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 75 ss., ove ribadisce l'autonomia del concetto di legge penale in chiave CEDU rispetto a quello proprio dei sistemi nazionali, con conseguente impossibilità di sovrapposizione : in ambito CEDU, essa è rintracciata sulla base di criteri di natura sostanziale e non formale (ad es., il precetto deve essere generale; la sanzione non deve avere carattere preventivo ossia essere irrogata *ante delictum*, deve essere grave e deve avere funzione punitiva, e non riparativa); inoltre, il principio di determinatezza e tassatività è molto più labile di quello interno, poiché deve essere compatibile sia con i sistemi di *common law* che con quelli di *civil law* : infatti, l'infrazione penale è ritenuta chiaramente definita dalla legge e quindi prevedibile nelle sue conseguenze, quando, a partire dal testo normativo, con l'aiuto se necessario della giurisprudenza (ed in realtà, in talune ipotesi, anche del comune sentire sociale), l'interessato può sapere quali siano le azioni e le omissioni che comportano la sua responsabilità; ancora, per le stesse ragioni appena menzionate, non è preso in considerazione il requisito dell'origine parlamentare, espressione del principio di riserva di legge.

⁷⁵ C. eur. dir. uomo, sez. III, 15 dicembre 2009, *Gurguchiani c. Spagna*, ric. n. 16012/06; Sul punto, G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010*, cit., p. 286 : *il principio di legalità in materia penale*, cit., che così riassume la situazione : “il ricorrente, straniero, si era visto applicare la misura dell'espulsione, con divieto di reingresso per dieci anni, in sostituzione della pena detentiva cui era stato condannato, sulla base di un nuovo regime successivo alla commissione del fatto che prevedeva obbligatoriamente tale sostituzione, al contrario della legge del tempo che invece demandava al giudice se eventualmente disporre – ciò che non era avvenuto nel caso concreto – l'espulsione sostitutiva con un divieto di reingresso, peraltro, dai tre ai dieci anni”.

benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui⁷⁶. Da ciò discende il divieto di disporre l'espulsione dello straniero quando questi abbia consolidati legami familiari o sociali nel Paese ospitante,⁷⁷ la cui violazione potrebbe essere fatta valere davanti alla Corte, con azione autonoma, anche dai suoi familiari⁷⁸.

Inoltre, il provvedimento di espulsione, per non violare i canoni di cui all'art. 8 Cedu, deve essere necessario in una società democratica⁷⁹. Il requisito della necessità è ancorato a vari parametri, quali la gravità dell'infrazione commessa, il tempo passato dalla stessa e la condotta tenuta nel frattempo dal soggetto attivo, la durata della permanenza dello straniero nel Paese ospitante, la presenza di legami nel Paese d'origine, la situazione familiare e la possibilità per lo stesso di rimanere in contatto con i propri affetti, nonché lo stato e l'età dei propri figli.⁸⁰ Nel tempo, comunque, la Corte europea ha giustificato in diverse occasioni l'espulsione, nonostante la sussistenza di legami familiari o sociali, in caso di commissione di reati di natura violenta⁸¹, con ciò dimostrando una progressiva maggiore incidenza del parametro della gravità dei reati commessi rispetto al mantenimento dell'unità familiare: tuttavia, nel

⁷⁶ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente all'art. 8 Cedu, nel periodo 2008 – 2010, Cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : gli altri diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 289 ss.

⁷⁷ C. eur. dir. uomo, sez. V, 23 settembre 2010, *Bousarra c. Belgio*, ric. n. 25672/07; C. eur. dir. uomo, sez. IV, 12 gennaio 2010, *Khan A. W. c. Regno Unito*, ric. n. 47486/06; C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 2 settembre 2010, *Kaushal e altri c. Bulgaria*, ric. n. 1537/08; nonché le meno recenti, C. eur. dir. uomo, 13 luglio 1995, *Nasri c. Francia*, ric. n. 19465/92; C. eur. dir. uomo, *Moustaquim c. Belgio*, 18 febbraio 1991, ric. n. 12313/86

⁷⁸ C. eur. dir. uomo, sez. I, 11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danimarca*, ric. n. 56811/00; C. eur. dir. uomo, 28 maggio 1988, *Berrehab c. Paesi Bassi*, ric. n. 10730/84.

⁷⁹ C. eur. dir. uomo, sez. I, 28 giugno 2011, *Nunez c. Norvegia*, ric. 55597/09; rispetto a questa sentenza si segnala l'opinione dissenziente dei giudici Mijovic e De Gaetano, secondo cui le decisioni di politica dell'immigrazione rientrano nella discrezionalità del legislatore statale. Questi ultimi esprimono altresì il timore che la sentenza possa avere un valore simbolico deviante, potendo creare la convinzione errata che il matrimonio e la procreazione possano rappresentare strumenti per regolarizzarsi.

⁸⁰ C. eur. dir. uomo, sez. IV, 15 febbraio 2011, *Geleri c. Romania*, ric. n. 33118/56; C. eur. dir. uomo, sez. III, 24 maggio 2011, *Abou Amer c. Romania*, ric. n. 14521/03; C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 20 settembre 2011, *A.A. c. Regno Unito*, ric. n. 8000/08.

⁸¹ C. eur. dir. uomo, sez. V, 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05; C. eur. dir. uomo, sez. IV, 8 gennaio 2009, *Joseph Grant c. Regno Unito*, ric. n. 10606/07; meno recentemente, C. eur. dir. uomo, sez. III, 30 novembre 1999, *Baghli c. Francia*, ric. n. 34374/97; C. eur. dir. uomo, 19 febbraio 1998, *Dalia c. Francia*, ric. n. 26102/95.

caso di autore minorenni, anche qualora si tratti di reati di natura violenta, l'espulsione deve essere disposta solo in casi eccezionali e quale *extrema ratio*⁸². Ad ogni modo, i motivi di sicurezza ed ordine pubblico alla base dell'espulsione, per essere considerati prevalenti nel bilanciamento con beni siffatti, devono essere concretamente provati e non presunti, pena una loro soccombenza⁸³.

Come si può notare, la Corte Edu, pur dichiarandosi più volte incompetente in materia di ricongiungimenti familiari, è intervenuta spesso sulla connessa questione della possibilità di espellere stranieri conviventi con propri familiari, riconoscendo una violazione dell'art. 8 CEDU laddove l'espulsione non fosse determinata da vere ragioni di bisogno sociale, frutto del compromesso tra solidarietà e sovranità⁸⁴.

Quantitativamente minori, sono le sentenze della CGCE sul punto, che però si è dichiarata competente per i soli cittadini comunitari, in un'ottica economico-funzionalista - e non emancipativa - del fenomeno migratorio.⁸⁵

Va anche ricordato che l'art. 14 CEDU stabilisce che “il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”.

Garanzie procedurali sono stabilite dall'art. 1 Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984 e dall'art. 4 Protocollo n. 4 del 16 settembre 1963, che sancisce il divieto di espulsioni collettive. Anche se le garanzie procedurali di cui al Protocollo 7 sembrano indirizzate esclusivamente al migrante regolare, si

⁸² C. eur. dir. uomo, grande camera, 3 giugno 2008, *Maslov c. Austria*, ric. n. 1683/03.

⁸³ C. eur. dir. uomo, sez. II, 16 dicembre 2008, *Gulijev c. Lituania*, ric. n. 10425/03.

⁸⁴ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., p. 241.

⁸⁵ Corte Giustizia CE, 25 luglio 2002, n. 459, *Mouvement contre le racisme l'antisemitisme et la xenophobie C. Stato belga*; Corte Giustizia CE, 18 maggio 1989, n. 249, *Commissione C. Rep. federale Germania*. Per una rassegna di alcune sentenze della Corte di Giustizia europea che, come anticipato, hanno trattato principalmente il tema dei ricongiungimenti familiari, nonché, come si vedrà, in seguito all'emanazione della direttiva rimpatri, quello della compatibilità delle discipline nazionali in materia di procedure di espulsione rispetto alla direttiva stessa, F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, p. 165 ss.

ritiene nella prassi, che possano essere estese a tutti gli stranieri destinatari di un provvedimento d'espulsione⁸⁶: tuttavia, una prassi è insufficiente per sentirsi rassicurati.

Anche se è impossibile non salutare con favore talune pronunce della Corte EDU, tuttavia, da questa breve rassegna emerge come la garanzia dei diritti fondamentali si arresti dinanzi alle scelte di politica nazionale relative al contrasto dell'immigrazione clandestina e, in generale, alla prevenzione del crimine ed alle sue modalità d'attuazione. Restano così prive di tutela le situazioni più problematiche, ed in cui maggiormente si risentono i riflessi delle politiche statali proibizioniste sui diritti umani (si pensi al procedimento espulsivo ed al trattenimento in centri di detenzione, che in sé sono ritenuti dalla Corte istituti ammissibili, avendo peraltro l'art. 5 § 1 CEDU una portata meno garantistica del nostro art. 13 Cost.).

Sul piano generale, poi, non può non evidenziarsi che un sistema di natura prevalentemente giurisprudenziale - per di più con un modello di giurisprudenza del caso concreto - corre molti rischi sul piano della certezza del diritto, dell'uguaglianza di trattamento, del rispetto della suddivisione dei poteri alla base dei sistemi democratici continentali e del soddisfacimento di quella prevedibilità del precetto che essa stessa si propone di realizzare : ciò determina il timore di un affievolimento delle garanzie delle stesse vittime di violazioni delle garanzie sancite (nel caso di specie, i migranti), i cui diritti - a seconda dell'articolarsi del caso concreto, nonché della sensibilità della sezione giudicante - potrebbero essere valutati diversamente (*rectius*, in modo discriminatorio). Con ciò non vuole negarsi che, *de facto*, talvolta le garanzie riconosciute dalla Corte EDU si assestino ad una soglia più alta di quelle attivate dai singoli Stati membri, e, tuttavia, lo strappo si coglie pienamente sul piano - che non va assolutamente sottovalutato - dei principi e dei vincoli di ordine generale.

⁸⁶ P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, cit., p. 29.

4. Il quadro U.E. in materia d'immigrazione

Come si proverà a dimostrare, la politica dell'Unione Europea in materia di immigrazione può essere letta nel suo declinarsi su un duplice piano : da un lato con i vari trattati si è nel tempo manifestata la tensione verso la “comunitarizzazione” della disciplina; dall'altro, in assenza di dichiarazioni di principio, singole decisioni, regolamenti e direttive mirano ad assicurare sicurezza alle frontiere e a rassicurare gli Stati sulla relatività della libertà di circolazione.

Peraltro, va preso atto che la situazione reale è quella di Stati a sovranità politica formalmente eguale e sostanzialmente diseguale, in quanto “essi sono tanto meno in grado di esercitare la loro sovranità quanto più i lacci dei vincoli economico-finanziari si stringono, a causa dei debiti, intorno al loro collo”⁸⁷. D'altronde, partendo dall'autorevole idea - qui condivisa - per cui il diritto rappresenta la formalizzazione delle scelte della politica, è più che evidente che l'orientamento politico comunitario abbia posto finora all'apice dei suoi interessi valori di tipo prevalentemente economico-finanziario⁸⁸. Come in un circolo vizioso, il diritto formalizza le scelte della politica, che a sua volta è soppiantata dalla razionalità tecnica della legge di mercato europea. Ed a questi interessi vengono piegati gli stranieri, componenti di un ciclo di produzione in cui tutto si modifica e cambia continuamente, anche gli uomini : “Colui che lavora, da soggetto di diritti è tornato ad incarnare unicamente la figura, mortificante, di uno dei fattori della produzione, tanto per intenderci alla stregua di un macchinario o di una merce”⁸⁹. E, in questo ciclo, il residuo è costituito da “rifiuti umani”, da quelle vite di scarto che animano la società liquida di Bauman⁹⁰.

⁸⁷ S. STAMMATI, *Il trattato di Lisbona : primi appunti*, in *Crit. dir.*, 3-4, 2008, p. 308.

⁸⁸ Con una valutazione riferita al *Corpus Juris*, ma che appare assolutamente attuale, S. MOCCIA, *La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo?*, in AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, p. 48 ss.

⁸⁹ S. MOCCIA, *I rifiuti sociali nella discarica penale*, in *il Manifesto*, 20 Dicembre 2011.

⁹⁰ Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005, *passim*; ID., *Vita liquida*, Roma- Bari, 2006, *passim*; nonché, sul tema della liquidità del lavoro, altresì, *Modernità liquida*, Roma- Bari, 2003, p. 172 ss.

E, tuttavia, se è vero che «il titolo politico e giuridico per il possesso ed il godimento delle libertà fondamentali e degli universali diritti dell'uomo non è più soltanto la cittadinanza, ma il cosmopolitismo, ossia l'essere cittadini del mondo o, in una parola, l'essere "uomo"»⁹¹, allora uno statuto di diritti speciale e peggiorativo dei cittadini extracomunitari irregolari non è ammissibile, pena la costruzione di un *apartheid* europeo⁹².

4.1 I trattati

La Comunità europea (e successivamente l'Unione Europea) ha affrontato nel tempo il tema dell'immigrazione solo in via mediata e del tutto riflessa rispetto all'attività di realizzazione del mercato interno e della libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali⁹³: ed, ovviamente, la libertà ad incontrare più difficoltà nel suo sviluppo è stata quella relativa alla circolazione delle persone⁹⁴.

Tutto ciò si evince, oltre che dall'assenza di una disciplina espressa, anche dalle pronunce della Corte di giustizia, che già nell' '87 affermava che «la decisione della commissione Cee n. 85/381 dell'8 luglio 1985, con la quale si instaura una procedura di comunicazione preliminare e di consultazione circa le politiche migratorie degli Stati membri nei confronti dei Paesi terzi, è annullata nella parte in cui alla commissione medesima non è riconosciuta la competenza ad estendere (con l'art. 1) la procedura di notifica e di consultazione alle materie concernenti l'integrazione culturale dei lavoratori cittadini di Paesi terzi e dei loro familiari ed a finalizzare (con l'art. 3 b) la consultazione degli Stati membri allo scopo di assicurare la conformità dei

⁹¹ A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione Europea*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 318-319.

⁹² E. BALIBAR, *Europe, Constitution, Frontiere*, Begles, 2005, citazione riportata in A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali*, cit., p. 320.

⁹³ In proposito, C. AMIRANTE, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, 2001.

⁹⁴ M. PASTORE, *Frontiere, conflitti, identità. A proposito di libera circolazione e nuove forme di controllo sociale in Europa*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 3, p. 19 ss.

progetti di provvedimenti nazionali e degli accordi con i Paesi terzi con le politiche e le azioni della comunità”⁹⁵.

Per quanto sostanzialmente ancora oggi possa dirsi che i tratti salienti della disciplina dell’immigrazione sono oggetto di normative statali, va comunque presa in esame l’evoluzione registrata a livello europeo, sia attraverso la ripartizione di competenze specificamente avvenuta tramite i Trattati, che con l’adozione di direttive e regolamenti (o talora di meri programmi e dichiarazioni di intenti)⁹⁶.

Il Trattato di Roma del 1957 immediatamente rende manifesto lo spirito su cui si fonda l’Unione Europea e l’idea di sovranazionalità limitata che porta con sé. Esso, infatti, riconosce espressamente tra i suoi principi fondamentali il diritto alla libera circolazione delle persone (art. 3), ma ne condiziona il godimento allo svolgimento di una attività lavorativa e al possesso di una cittadinanza comunitaria. Inoltre, i diritti di cui all’art. 3 sono comunque espressamente volti al raggiungimento delle finalità di cui all’art. 2, ossia l’instaurazione di un mercato comune e di un’unione economica e monetaria e l’attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, per uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

L’inizio di una regolamentazione organica della materia si deve all’attuazione di opzioni di cooperazione politica intergovernativa tramite l’Accordo di Schengen sullo spazio comune senza controlli su merci e persone alle frontiere, patto che nasce, evidentemente, dall’esigenza di tutelare la sicurezza collettiva, più che le libertà individuali. Tale accordo, all’art. 7, prevedeva che le Parti si adoperassero per riavvicinare nei tempi più brevi possibili le proprie politiche in materia di visti, per evitare i danni collaterali in materia di immigrazione e sicurezza che potevano derivare da controlli alle frontiere comuni poco rigidi; a tal fine, si programmava una intensificazione della cooperazione fra le proprie autorità doganali e di polizia - anche

⁹⁵ Corte giustizia CE, 9 luglio 1987, n. 281, *Republique federale Allemagne C. Commission des Communautés Europeenne*.

⁹⁶ Numerosi gruppi di lavoro (Gruppo *ad hoc* Immigrazione, Gruppo Schengen, Gruppo di Trevi, ecc.) sono sorti nel tempo per immaginare soluzioni ai problemi determinati dalla sicurezza alle frontiere esterne, quali potevano essere una politica comune sui visti, la cooperazione giudiziaria e di polizia ecc.

attraverso scambi di informazioni sulle identità personali dei soggetti in entrata- , al fine di contrastare soprattutto “il traffico illecito di stupefacenti e di armi, l'ingresso ed il soggiorno irregolare di persone”⁹⁷.

Nel 1986, l'Atto unico europeo designò all'art. 8A del trattato CE la libera circolazione delle persone quale uno dei quattro elementi costitutivi del mercato unico, settore quest'ultimo ovviamente di competenza comunitaria.

Nel 1992, il Trattato di Maastricht inserisce nel Titolo VI, deputato alla “cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni” (c.d. Terzo pilastro) la disciplina dell' asilo; quella dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli; la politica dell'immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi; le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri; le condizioni di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri, inclusi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione; la lotta all'immigrazione illegale; il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri. Si conferma, dunque, l'opzione per una cooperazione intergovernativa.

Le procedure decisionali erano caratterizzate dall'unanimità in seno al Consiglio e dal ruolo meramente consultivo del Parlamento europeo⁹⁸; continuava, inoltre, a mancare la possibilità di un ricorso diretto, azionabile dai singoli, nei confronti degli atti del terzo pilastro⁹⁹.

Una svolta in senso contrario ha luogo nel 1997 con l'adozione del Trattato di Amsterdam; con esso viene “comunitarizzata” - con conseguente passaggio dal terzo al primo pilastro - la materia di “visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone” e viene inglobato l'*acquis* di Schengen, le cui disposizioni sono ripartite tra il primo ed

⁹⁷ Sul tema, cfr. G. LICASTRO, *Il catalogo Schengen (UE) dedicato ai controlli alle frontiere esterne*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, 2, p. 375 ss.

⁹⁸ Su questo compromesso, che aveva consentito l'inserimento delle materie in esame nel terzo pilastro, C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, in *Dir. imm. e citt.*, 2010, 2, p. 17.

⁹⁹ Sul punto, R. CALVANO, *Tra diritto penale europeo e garanzie costituzionali : l'art. 35 del Trattato Ue e la tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit. , p. 222.

il terzo pilastro (sul punto, da ultimo è intervenuto anche il regolamento comunitario 2006/562/CE)¹⁰⁰. Ciò, evidentemente, per la prima volta ha reso possibile adottare regolamenti, direttive e decisioni, strumenti vincolanti e, a determinate condizioni, direttamente applicabili. Tali strumenti sono stati ritenuti maggiormente trasparenti e monitorabili rispetto alla gestione politica ed intergovernativa della materia¹⁰¹: e, tuttavia, solo con la decisione 2004/927/CE è stata estesa la procedura della codecisione ai settori relativi all'immigrazione ed all'asilo, lasciando comunque esclusa l'immigrazione regolare proveniente dai Paesi terzi, ossia il nodo più problematico da sciogliere.

Alla Corte di Giustizia viene attribuito il controllo giurisdizionale sull'attuazione ed interpretazione delle norme, ma solo su questioni pregiudiziali sollevate dai giudici di ultima istanza, e con la riserva di insindacabilità dei provvedimenti statali in tema di ordine pubblico e sicurezza interna.

L'immigrazione, ad ogni modo, continua a permanere una disciplina ove le competenze sono condivise con gli Stati membri, ed in cui l'Unione europea agisce esclusivamente in via sussidiaria e comunque ponendo solo 'garanzie' minime rafforzabili dalle normative statali. Infatti, gli Stati membri mantengono le loro prerogative nel campo della libera circolazione delle persone ed hanno competenza esclusiva in materia di ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna. Il controllo delle frontiere esterne resta agli Stati, coordinati sulla base dell'accordo di Schengen e coadiuvati, dal 2004, da Frontex (Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne).

Dal Trattato di Amsterdam emerge anche una concezione solidaristica dell'Unione che, tuttavia, eventi recenti mettono quantomeno in dubbio; si prevede, infatti, che qualora vi sia un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi in uno Stato membro, dovuto a particolari situazioni di emergenza, il Consiglio possa adottare, a maggioranza qualificata e su proposta della

¹⁰⁰ Permanevano, invece, nel terzo pilastro le materie della cooperazione giudiziaria penale e della cooperazione di polizia.

¹⁰¹ M. F. MASSÒ GARROTE, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione Europea*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 149 ss.

Commissione, misure temporanee della durata non superiore a sei mesi a beneficio di tale Stato membro (art. 73 L). La volontà di attuare tali misure di ‘solidarietà’ è stata ribadita dal Trattato di Lisbona, che sembra mirare a ripartire tra tutti gli Stati membri gli oneri della gestione delle politiche comuni in questo settore che, come è noto, rischiano di gravare maggiormente sugli Stati di frontiera esterna meridionale e orientale¹⁰²: ma è evidente che la solidarietà è tra Stati, non verso i migranti.

Al Trattato di Amsterdam sono seguiti vari Consigli europei (Tampere, Laeken, Siviglia) in cui si è iniziato a spingere per politiche migratorie selettive, che attraggano migranti utili alle esigenze socio-economiche interne : in queste occasioni, il richiamo alla necessità di contrastare l’immigrazione clandestina oscura del tutto la prospettiva dell’integrazione.

Il Trattato di Nizza del 2001 non ha apportato particolari modifiche, ma, poste le difficoltà di coordinamento tra tanti Stati, ha assoggettato le decisioni in alcuni settori al requisito della maggioranza qualificata (in proposito, si veda la dichiarazione comune 25, relativa all’art. 67 TCE, che esorta il Consiglio ad avvalersi della procedura di codecisione per adottare le misure relative alle condizioni alle quali i cittadini dei Paesi terzi possano viaggiare liberamente negli Stati membri per un periodo inferiore a tre mesi, e quelle relative alla lotta contro l’immigrazione e il soggiorno illegali).

Ancora, il “Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa” - successivamente arenatosi - nel 2004 ha inserito la materia immigrazione nello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰³”, previsto nella parte III (“Le politiche e il funzionamento dell’Unione”) ¹⁰⁴.

L’ultimo tassello dell’evoluzione normativa nell’ambito dell’Unione Europea è dato dal Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull’Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea ed è entrato in vigore

¹⁰² Nel bilancio del 2011 sono stati previsti fondi aggiuntivi per aiutare gli Stati membri più colpiti dai flussi (43,9 milioni di euro).

¹⁰³ G. CAGGIANO, *L’evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un’Unione basata sul diritto*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2007, 2, pp. 335 – 374.

¹⁰⁴ In merito al progetto di Costituzione Europea, si veda NASCIMBENE, *Il progetto di Costituzione europea e l’immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2004, 1, p. 13 ss.; nonché, G. LICASTRO, *La cooperazione intergovernativa al Trattato Costituzionale. L’evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 1, p. 167 ss.

il 1° dicembre 2009. Esso si divide in due parti : il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) ed il Trattato sull'Unione europea (TUE); come è stato rilevato, “lo sdoppiamento ha una sua evidente artificiosità teorica perché gli aspetti strutturali di un ordinamento non possono essere separati, tanto meno rigidamente, dagli aspetti funzionali del medesimo”¹⁰⁵.

Una delle modifiche più radicali è la scomparsa della struttura a tre pilastri creata con il Trattato di Maastricht. Per il resto, sul piano dell'inquadramento generale, si ribadisce la natura concorrente della competenza in riferimento allo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” di cui al Titolo V TFUE (in cui è inserita la disciplina dell'immigrazione), con la possibilità, *ex ante* per i Parlamenti nazionali ed *ex post* per la Corte di Giustizia, di controllare il rispetto del principio di sussidiarietà (questo è l'unico elemento che valorizza effettivamente il ruolo dei Parlamenti nazionali)¹⁰⁶; il potere di iniziativa diviene di esclusiva competenza della Commissione europea (e non anche di un quarto degli Stati membri, come nelle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale); invece, gli atti in materia possono essere adottati sulla base della procedura legislativa ordinaria, ossia la codecisione, caratterizzata dall'intervento del Parlamento europeo come codecisore e dall'adozione delle delibere da parte del Consiglio a maggioranza qualificata (art. 289 TFUE e art. 294 TFUE): si ritiene che trovi così applicazione il principio di efficacia diretta¹⁰⁷ di tali atti.

La Corte di Giustizia, inoltre, può conoscere dei ricorsi in via pregiudiziale presentati da qualsiasi giurisdizione, sia di prima, sia di seconda, sia di ultima istanza¹⁰⁸, sulla base dei presupposti fissati dall'art. 267 TFUE; l'abrogazione dell'art. 68 TCE ha, inoltre, eliminato l'impossibilità per la Corte di pronunciarsi sulle decisioni in materia d'ordine ed sicurezza pubblica, in relazione all'eliminazione dei controlli sulle persone alle frontiere interne.

¹⁰⁵ S. STAMMATI, *Il trattato di Lisbona : primi appunti*, cit., p. 310.

¹⁰⁶ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 21.

¹⁰⁷ Così, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, p. 333.

¹⁰⁸ In passato, invece, essa era competente ad esprimersi solo su rinvio di giurisdizioni di ultima istanza, e non era comunque competente a pronunciarsi sulle decisioni afferenti all'ordine ed alla sicurezza pubblica interna adottate dal Consiglio, ossia misure miranti a garantire l'eliminazione dei controlli sulle persone alle frontiere interne.

Viene, inoltre, introdotta una procedura d'urgenza, per i processi con parti detenute¹⁰⁹.

Va altresì osservato che l'art. 6 del TUE stabilisce che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 e aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Tale disposizione ha già sollevato numerosi dibattiti. Sul punto, tuttavia, come si vedrà meglio in seguito, si è già espressa la Corte Costituzionale italiana, secondo cui “l'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”, mentre “la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata”¹¹⁰.

Venendo all'esame specifico del Titolo V, nel capo I, è previsto, all'art. 67 § 1, TFUE, che “L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”.

Si è affermato che già la nomenclatura “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” prefiguri una disciplina “ove la creazione di tale spazio non è più servente e funzionale alla realizzazione della libera circolazione delle persone

¹⁰⁹ Sul punto, M. CARTA, *Immigrazione e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della UE*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit. , p. 212 ss.

¹¹⁰ Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 2, 578; Sul punto, R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Il Corr. Giur.*, 2011, 9, p. 1245 : “Due appaiono, tuttavia, i tratti maggiormente caratterizzanti la decisione in rassegna. Il primo è quello che esclude la c.d. trattatizzazione della CEDU per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, per esso, dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (...)”.

quale libertà preordinata alla instaurazione di un mercato interno, ma diventa un obiettivo in sé volto ad assicurare l'eliminazione dei controlli sulle persone alle frontiere interne ed a sviluppare una politica comune in materia d'asilo, immigrazione. (...) E, dunque, in linea con questa impostazione, al fine di assicurare un elevato livello di sicurezza, l'Unione è chiamata ad adottare misure sia di prevenzione e di lotta alla criminalità, al razzismo, alla xenofobia, sia di cooperazione tra le forze di polizia e le altre varie autorità interessate”¹¹¹. Dunque, “oggi il tema dell'immigrazione risulta trattato come una causa dell'insicurezza dei cittadini europei, a fianco delle questioni di criminalità, più che come grande questione sociodemografica, economica e di democrazia che l'Unione vive quotidianamente con tutti i problemi, ma altresì le potenzialità che questo movimento di masse comporta”¹¹².

Tra l'altro, mentre nel Trattato di Nizza la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia era enunciata come un obiettivo da raggiungere, ora il TFUE si esprime al presente, come ad indicare un processo in atto¹¹³.

L'art. 67 § 2, TFUE, in particolare, stabilisce che l'Unione sviluppa una politica comune in materia di frontiere, visti, immigrazione e asilo (dizione estensiva rispetto alla competenza ad adottare norme minime, di cui al previgente art. 62 TCE, vale a dire norme volte all'armonizzazione, ma che lasciavano ampio spazio alla discrezionalità degli Stati). L'espressa qualificazione della politica come comune, dunque, consentirà di adottare in materia tutti gli atti legislativi dell'Unione, ossia direttive, decisioni ed addirittura regolamenti.¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 68 TFUE, il Consiglio europeo definisce gli orientamenti strategici generali per la pianificazione legislativa e operativa nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sulla base di una programmazione quinquennale¹¹⁵.

¹¹¹ M. CARTA, *Immigrazione e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della UE*, cit., pp. 178- 179.

¹¹² L. CALAFA', *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona*, in *Lavoro e diritto*, 2011, 3, p. 530.

¹¹³ S. STAMMATI, *Il trattato di Lisbona : primi appunti*, cit., p. 331.

¹¹⁴ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 17.

¹¹⁵ Ciò in sostanziale continuità con quanto già avvenuto in passato : si vedano i Programmi di Tampere (1999-2004), dell' Aja (2004-2009), di Stoccolma (2009-2013).

Ad ogni modo, la competenza e responsabilità esclusiva degli Stati è fatta salva su di un duplice piano : l'art. 72 TFUE espressamente prevede che le disposizioni del nuovo Titolo V TFUE non ostano all'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna; ed, inoltre, che rimane un diritto proprio degli Stati determinare il numero degli ingressi di lavoratori provenienti da Paesi terzi (art. 79 TFUE). Sulla disposizione - che in continuità con il passato ha scelto di non dare un'indicazione di una quota flussi al livello dell'U.E.- occorre rilevare che l'ampiezza della formulazione potrebbe astrattamente consentire a uno Stato di non permettere alcun ingresso di lavoratori di Stati terzi¹¹⁶. Da questo punto di vista, non si capisce come sarà possibile progettare una politica comune¹¹⁷.

Gli artt. 77-79 TFUE illustrano nel dettaglio la competenza dell'Unione, articolata in quattro settori: frontiere, visti, asilo, immigrazione, ai quali si è ritenuto di affiancare quelli della integrazione, delle relazioni esterne e della cittadinanza.

In relazione alle frontiere l'art. 77, par. 1 TFUE (ex articolo 62 del TCE) afferma che l'Unione sviluppa una politica, non qualificata come comune, volta a eliminare i controlli alle frontiere interne e a garantire i controlli alle frontiere esterne.

Connessa alla politica della gestione delle frontiere è la politica dei visti, disciplinata dall'art. 77 par. 2, TFUE. La competenza attribuita ricalca quella già esistente in base all'art. 62 TCE e concerne: la politica dei visti e altri titoli di soggiorno di breve durata, espressamente qualificata come "politica comune"; i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; le condizioni alle quali i cittadini dei Paesi terzi possono circolare liberamente nell'Unione per un breve periodo; qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne; l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere

¹¹⁶ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 27.

¹¹⁷ Sulla questione, M. CARTA, *Immigrazione e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della UE*, cit., p. 188.

interne. Resta salva la competenza esclusiva degli Stati relativamente alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale.

Ancora, *ex art. 78 TFUE*, la politica di asilo è ora espressamente qualificata come comune¹¹⁸. Nel par. 1 sono richiamati il principio di *non refoulement* ed il rilievo della protezione internazionale nelle sue distinte declinazioni (diritto d' asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea per gli sfollati in caso di afflusso massiccio). Il par. 2, invece, include nel sistema europeo di asilo comune il partenariato e la cooperazione con Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea.

Per quello che riguarda il settore dell'immigrazione, ai sensi dell'art. 79 TFUE, "l'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta". Più specificamente, l'Unione può adottare misure relativamente ai seguenti settori: condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio, da parte degli Stati membri, di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; definizione dei diritti dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori. Rispetto al previgente art. 63 par. 3 e 4 TCE, la politica è qualificata espressamente come comune ed è menzionato anche il contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta¹¹⁹, che potrà avvenire anche con gli strumenti di cui agli artt. 82 ed 83 TFUE, sui quali ci si soffermerà in seguito.

¹¹⁸ GALETTA D. U., *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'"esternalizzazione" e politiche nazionali di gestione della c.d. "emergenza immigrazione"*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2010, 6, p. 1449 ss.

¹¹⁹ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 26.

Alla tendenziale parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti e cittadini dell'Unione europea è sostituito l'obiettivo dell'“equità”, in base al quale il trattamento dei cittadini di Paesi terzi deve essere frutto di un contemperamento delle diverse legittime esigenze dell'Unione e proporzionale agli obiettivi che si vogliono raggiungere.

Per quanto concerne l' integrazione e la cittadinanza, la normativa è meno invadente rispetto alle competenze statali : il dato ovviamente non stupisce, poiché coerente con la volontà di rafforzare e controllare le politiche di sicurezza delle frontiere degli Stati, anche a scapito di quelle di integrazione.

In relazione alle politiche di integrazione, infatti, è previsto che siano adottate misure di incentivazione e di sostegno dell'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio (art. 79, punto 4, TFUE), senza giungere però all'elaborazione di una politica comune¹²⁰. E' evidente che in questa materia gli Stati conserveranno la propria autonomia e che l'esclusione di qualsiasi misura di armonizzazione impedirà la formazione di una politica comune¹²¹.

L'Unione non acquisisce, poi, alcuna competenza in materia di attribuzione della cittadinanza ai cittadini di Paesi terzi, nonostante il possesso della cittadinanza di uno Stato membro sia anche il veicolo per l'acquisizione della cittadinanza dell'Unione europea. Similmente, nessuna attribuzione di competenza è stata effettuata in relazione alla partecipazione dei cittadini di Paesi terzi alla vita democratica dell'Unione europea che, anzi, alla luce del Trattato di Lisbona, risulta essere esclusivamente concepita come riguardante i cittadini dell'Unione europea¹²².

La cittadinanza, i flussi, e l'integrazione/sicurezza sociale - ossia i nodi più problematici - restano, dunque, ancora di competenza nazionale.

Per quanto attiene alle relazioni esterne, infine, l'art. 79 par. 3 TFUE attribuisce ufficialmente ed espressamente all'Unione la competenza -

¹²⁰ Recentemente, la Commissione europea ha presentato la comunicazione COM(2011)455 del 20 luglio 2011 su un'Agenda per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi, con varie proposte di iniziative che l'UE dovrebbe effettuare.

¹²¹ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 27.

¹²² *Contra*, Corte di Giustizia CE, sent. 12 settembre 2006, C-145/04 e C-300/04, *Eman*.

concorrente con quella degli Stati membri - a concludere con i Paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei Paesi di origine o di provenienza, di cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri (accordi – come si vedrà in seguito - assolutamente già inflazionati nel sistema previgente¹²³).

Quanto alle disposizioni sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, essa è fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ed include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Ai sensi dell'art. 83 TFUE, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni (cd. competenza penale indiretta¹²⁴). Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Inoltre, in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo, deliberando all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

Ancora, allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è

¹²³ Sul tema, tra gli altri, G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 2, p. 369 ss.

¹²⁴ “Il processo di armonizzazione penale viene affidato non più al lacunoso strumento della decisione quadro, ma a quello della direttiva: cosicché tale competenza penale europea, pur restando indiretta, obbliga ormai gli Stati membri a dare puntuale attuazione alle disposizioni in cui essa si esprime con la minaccia di un ricorso per inadempimento e di una condanna da parte della Corte di giustizia”; così, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, ottobre 2011, p. 1 s..

stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive¹²⁵ (competenza cd. accessoria, in quanto non afferente al nucleo duro della politica criminale europea¹²⁶). E' stato rilevato che "il giudizio di necessità o di indispensabilità richiesto dall'art. 83, § 2, TFUE, registra uno slittamento del termine di riferimento dell'indispensabilità: non la tutela del bene giuridico, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione. E non è una differenza di poco conto. Subordinare, infatti, il giudizio di necessità o indispensabilità di pena a una valutazione di protezione dei beni giuridici sottostanti piuttosto che di efficace attuazione normativa comporta in sostanza che ad essere giudicato necessario è l'intervento penale a tutela di una norma e non di un bene¹²⁷".

Sebbene il contrasto all'immigrazione clandestina non figuri espressamente, il riferimento contestuale nell'art 79 TFUE "al contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta" lascia pensare ad una apertura in questa materia a più penetranti misure di cooperazione penale, a maggior ragione alla luce dell'eliminazione della distinzione tra i pilastri.

Ad ogni modo, l'art. 83 § 3 prevede il cd. "freno d'emergenza"; esso, infatti, stabilisce che "qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione

¹²⁵ Ciò è conforme a quanto statuito da CGCE, 13 settembre 2005, n. 176, *Comm. Ce C. Consiglio Ue*.

¹²⁶ A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, op. cit., p. 5.

¹²⁷ C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 335.

rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata". E' da ritenersi che, anche qualora non si sia azionato il "freno d'emergenza", in caso di contrasto della normativa dell'U.E. con i principi costituzionali nazionali, questi ultimi prevalgano.

Va tenuto conto, inoltre, del dato per cui - come è stato condivisibilmente rilevato - ad oggi «la politica criminale non è una politica riconosciuta espressamente dall'Unione europea (...) Così sono stati troppo spesso emanati atti normativi rilevanti per il diritto penale, senza che potesse riconoscersi nei relativi attori la consapevolezza di quanto sia profonda l'incidenza delle sanzioni penali e di quanto siano sensibili, di fronte alle prescrizioni europee, proprio quei sistemi penali nazionali che mirano perlomeno, attraverso un'interna coerenza e consistenza, a raggiungere gli scopi della pena, in particolare anche la sua efficacia preventiva. Il fatto che il diritto europeo riduca il diritto penale ad un "meccanismo di rafforzamento" del diritto europeo e degli scopi europei per specifici settori, ha come conseguenza, da una parte, che del diritto penale venga fatto uso solo in maniera puntuale, spesso anche come reazione ad accadimenti quotidiani attuali e a fenomeni minacciosi contingenti. Dall'altra parte è prevista solo un'armonizzazione minima»¹²⁸.

Proprio per questo sembra improcrastinabile - a meno che, come chi scrive, non si contesti addirittura in termini assoluti la legittimità di un'avocazione di competenze "penalistiche" a livello europeo, almeno nel contesto normativo attuale - lo sviluppo di una politica criminale in Europa, che nel solco della tradizione dell'Illuminismo penale, osservi taluni principi fondamentali : esistenza di un legittimo bene giuridico da tutelare; uso dello strumento penale quale *extrema ratio* e secondo proporzione; personalità della responsabilità penale; principio di legalità in tutti i suoi corollari (tassatività e determinatezza, irretroattività, riserva di legge parlamentare); attivazione del legislatore europeo solo se, e nella misura in cui, gli obiettivi a livello degli

¹²⁸ H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 1280.

Stati membri non possano essere sufficientemente conseguiti e perciò - per la loro dimensione o per le loro conseguenze - possano essere conseguiti meglio a livello europeo (cd. sussidiarietà) - fermo restando che la proposta di ogni atto giuridico rilevante sotto il profilo penalistico deve coinvolgere i Parlamenti nazionali - ; attenzione per la “coerenza” dei sistemi penali nazionali, i quali concorrono anche a formare l’identità degli Stati membri, protetta dall’art. 4 co. 2 del Trattato sull’Unione Europea¹²⁹.

4.2 Regolamenti, direttive, decisioni

Come anticipato, numerose sono le norme di diritto derivato che si muovono in una logica di potenziamento del controllo delle frontiere esterne, armonizzazione delle politiche dei visti, repressione degli eventuali ingressi irregolari ed allontanamento dei soggetti ‘estranei’¹³⁰.

E’ evidente, infatti, che all’eliminazione delle frontiere interne corrisponde - nella prospettiva dell’Unione europea - la necessità di un potenziamento di quelle esterne e di una più severa lotta all’immigrazione clandestina.

¹²⁹ In questi termini, EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p.1263 ss.

¹³⁰ Sul punto, v. M. PASTORE, *Frontiere, conflitti, identità. A proposito di libera circolazione e nuove forme di controllo sociale in Europa*, cit., p. 22 ss. Va rilevato, che, in questa sede, l’attenzione è concentrata sulla criminalizzazione del migrante irregolare. L’Unione ha elaborato numerose direttive sulla libertà di circolazione, ma esse fanno riferimento prevalentemente ai cittadini comunitari o comunque a cittadini di Paesi terzi regolari o ritenuti regolarizzabili o ‘accoglibili’. Si pensi alla direttiva 2004/58/CE del 29 aprile 2004, che disciplina le modalità d’esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari, interpretando tra l’altro in maniera condivisibilmente estensiva il concetto di famiglia; o alle direttive sulla libertà di circolazione di studenti e ricercatori (dirr. 2004/114/CE e 2005/71/CE); o ancora, alla direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri e alle condizioni minime di tutela per questi ultimi, nonché alla direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, che stabilisce norme minime sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

A partire dal Trattato di Amsterdam, gran parte delle iniziative di cooperazione nei settori di giustizia, libertà e sicurezza è stata disciplinata da norme dell'Unione europea : in particolare, per quello che ci interessa, la politica dei visti, le condizioni di rilascio agli immigranti dei permessi di soggiorno, le procedure di asilo.

Alcune di queste disposizioni mirano a regolare taluni aspetti delle modalità di accesso alle frontiere, ed il loro contenuto si è fortemente inasprito nel tempo. Agli atti di portata generale ed astratta, inoltre, va aggiunta la conclusione di accordi specifici mossi prevalentemente da ragioni geopolitiche.

Un primo settore d'intervento ha riguardato le procedure di accertamento delle richieste d'asilo, che qui si esamineranno, pur sommariamente, perché la concessione dell'asilo segna la soglia oltre la quale - in assenza di determinate condizioni - si rientra nell'irregolarità. E, tuttavia, la distinzione tra richiedenti asilo ed irregolari è assai fragile, in quanto le persone che si presentano ai nostri confini vivono sempre storie di disagi profondi.

Alla base di questa evoluzione, si pone la Convenzione di Dublino, firmata nel 1990 (poi sostituita dal regolamento CE 343/2003, cd. Dublino II), che riguarda l'individuazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità Europee : tale atto mirava a tamponare quello che fu definito il fenomeno dell' *asylum shopping*, ossia delle domande di asilo presentate simultaneamente in diversi Stati, e contestualmente a superare il fenomeno dei "rifugiati in orbita", ossia di individui rinviiati da un Paese all'altro, a causa di ripetute declinazioni di responsabilità da parte dei Governi chiamati in causa¹³¹. Sempre in tema di asilo, si sono susseguite direttive - che presuppongono la già avvenuta individuazione dello Stato competente all'esame della domanda - inerenti alle norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (direttiva 2003/9/CE, cui si è dato attuazione in Italia con d. lgs. n. 140/2005),

¹³¹ Alla Convenzione di Dublino, al Trattato di Schengen ed al Trattato di Chambéry, la Francia ha fatto riferimento per regolare il conflitto con l'Italia, relativo alla gestione delle persone sbarcate nel 2011 sulle coste italiane, in seguito alla crisi araba. Tali documenti prevedono l'obbligo dei Paesi di primo arrivo di gestire la presenza degli irregolari e riprenderli in consegna, qualora valichino le frontiere e vengano respinti. Analoga previsione è contenuta nel Trattato di Dublino in relazione ai richiedenti asilo.

nonché all'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (direttiva 2004/83/CE, eseguita in Italia con d. lgs. n. 251/2007); infine, una direttiva concernente il riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato (direttiva 2005/85/CE, recepita in Italia con d. lgs. n. 25/2008).

In relazione alle ipotesi in cui mancano le condizioni necessarie per la concessione dello *status* di rifugiato, l'U.E. ha elaborato alcune direttive e regolamenti che, partendo dalle condizioni relative alla attribuzione di un visto, disciplinano tutte le situazioni che si possono verificare - qualora siano fallite le precedenti strategie di controllo e contrasto all'immigrazione clandestina - fino all'eventuale espulsione del migrante.

Per quanto riguarda la politica dei visti, l'U.E., anzitutto, si è dotata di un regolamento che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi (regolamento CE n. 1030/2002, modificato con il regolamento CE n. 380/2008), e, successivamente, di un codice comunitario dei visti (regolamento CE n. 810/2009). Ha poi disciplinato le ipotesi di ingresso determinate da esigenze particolari : per ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86/CE, recepita in Italia con d. lgs. n.5/2007); per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato (direttiva 2004/114/CE, attuata in Italia con d. lgs. n. 154/2007); a fini di ricerca scientifica (direttiva 2005/71/CE, eseguita in Italia con d. lgs. n. 17/2008).

Di particolare interesse, ai fini della presente indagine, è il Regolamento CE n. 539 / 2001, atto che svuota del tutto il contenuto del principio del *non refoulement* ex art. 33 Convenzione di Ginevra. Esso stabilisce l'elenco di 101 Paesi extraeuropei i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri dell'U.E., insomma una lista nera dei Paesi terzi per i cui cittadini sono previste più rigide condizioni di ingresso. Tale regolamento, a livello interno, serve per identificare eventuali situazioni di irregolarità.

Ai Paesi sulla lista nera si aggiungono i Paesi sicuri di cui alla direttiva 2005/85/CE, verso i quali è ritenuta legittima, in ogni caso, l'espulsione o il

respingimento: l'Allegato II della medesima direttiva considera tale il Paese nel quale “non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni, né tortura, o altre forme di pena o trattamento disumano e degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”. La presunzione di sicurezza è relativa : tuttavia, l'onere della prova della sussistenza del pericolo grava sul richiedente, e la difficoltà è accentuata dalla situazione di debolezza che egli vive¹³². Inoltre, l'espulsione è ritenuta legittima anche in pendenza del ricorso (artt.7 e 39).

L'individuazione sia dei Paesi sicuri che di quelli ‘neri’ consente la non accettazione o l'espulsione dei migranti : l'obiettivo è sempre lo stesso.

D'altronde, in via generale, sempre maggiori energie si concentrano sulla conclusione di Accordi di riammissione con i Paesi Terzi¹³³, iniziati negli anni '90, espressione di una “Europa Fortezza”, protetta da un cordone sanitario in grado di impedire che i cittadini dei Paesi terzi, immigrati o richiedenti asilo che siano, giungano sul nostro territorio¹³⁴. Agli accordi di riammissione si affiancano poi intese informali caratterizzate da più riservatezza, maggiore flessibilità nelle soluzioni, minore incidenza dei costi, migliore adattabilità alla gestione delle problematiche di sicurezza¹³⁵. A questi, vanno aggiunti altresì gli accordi bilaterali di cooperazione per il contrasto al traffico di migranti (v. quello Italia – Turchia del 1998)¹³⁶.

All'apice di questo processo si pone il complesso sistema di esternalizzazione del controllo delle frontiere, conseguenza del Partenariato globale con i Paesi di provenienza e di transito degli immigrati, previsto dal Patto europeo sull'asilo e sull'immigrazione del 2008¹³⁷.

¹³² P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, cit., p. 34.

¹³³ Sono stati conclusi direttamente dall'Ue accordi, tra l'altro, con Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albania, Russia, Montenegro, Ucraina, Serbia, Macedonia, Moldova ecc.

¹³⁴ M. F. MASSÒ GARROTE, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione Europea*, cit., p. 163.

¹³⁵ V. DELICATO, *Il contrasto al traffico di migranti negli accordi bilaterali conclusi dall'Italia*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, cit., p. 144.

¹³⁶ G. PALMISANO, *Strumenti internazionali per la lotta al traffico dei migranti*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, cit., p. 110.

¹³⁷ C. AMIRANTE, *La condizione post-coloniale dei clandestini nell'Unione Europea : una persistente violazione della dignità umana*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 93.

Per quel che ci riguarda più da vicino, si pensi ai Trattati di amicizia con la Libia, o ai trattati trilaterali Italia-Malta-Libia, in base ai quali - in cambio di accordi economicamente vantaggiosi tanto per l'Italia, quanto per la Libia (che ha avuto accesso al sistema delle quote privilegiate) - numerosissimi cittadini libici sono stati respinti e riportati nel loro Paese e detenuti in veri e propri *Lager*, le cui condizioni sono state diffusamente denunciate. Evidentemente si riteneva che la Libia fosse un Paese terzo sicuro o almeno amico, e che i suoi cittadini fossero immuni da persecuzioni. Inflazionata è anche la pratica nostrana di inviare in Grecia dalle frontiere marittime dell'Adriatico migranti che potrebbero avere il diritto d'asilo, e che dalla Grecia sono poi respinti anche "collettivamente"¹³⁸.

Pare delinarsi una situazione in cui la politica di controllo delle frontiere si svolge principalmente tramite accordi bilaterali, secondo forme di cooperazione 'pragmatiche', sottratte ai controlli di legittimità ed efficacia del Parlamento europeo, dei Parlamenti nazionali, delle agenzie umanitarie e delle organizzazioni non governative.¹³⁹

Sotto un altro profilo, gli strumenti di diritto derivato dell'Unione Europea hanno 'valorizzato' il momento dei flussi di informazione : si pensi alla decisione 2006/688/CE, del 5 ottobre 2006, che istituisce un meccanismo d'informazione reciproca sulle misure degli Stati membri nei settori dell'asilo e dell'immigrazione, ed al regolamento n. 390/2009, che impone l'obbligo di rilevare obbligatoriamente i dati biometrici dei richiedenti i visti. Questo sistema di informazione sulle misure interne va ad aggiungersi ad altri sistemi di scambi di informazione, come il SIS (sistema di informazione di Schengen, ora SIS II), che è una banca dati contenente, tra l'altro, i dati di persone colpite da un divieto d'entrata oppure ricercate dalla giustizia per vari ordini di ragioni; il sistema EURODAC, che mira all' identificazione dei richiedenti asilo e delle persone fermate in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera

¹³⁸ F. V. PALEOLOGO, *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 27.

¹³⁹ F. V. PALEOLOGO, *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti*, cit., pp. 28-29.

esterna dell'Unione, confrontando le impronte in esso catalogate; ed il VIS, Sistema informatico visti¹⁴⁰.

Ancora, alle direttive che, in via generale, mirano - attraverso una scrematura degli aventi diritto all'asilo, la gestione militare delle frontiere e gli scambi di informazione - a bloccare l'accesso agli Stati membri, si aggiungono quelle di vero e proprio contrasto all'immigrazione clandestina, che presuppongono la fallibilità delle strategie precedenti.

Queste strategie successive si concentrano principalmente su due aspetti : da un lato l'applicazione di sanzioni, penali e non, per chi favorisce l'immigrazione clandestina, commette i reati di tratta di esseri umani e traffico di migranti, assume come lavoratori o trasporta migranti irregolari; dall'altro, le modalità di espulsione dei migranti irregolari entrati nel nostro Paese.

Per quanto attiene al primo aspetto, va menzionata, anzitutto, la Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento della tutela penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali; essa prevede che ciascuno Stato membro debba adottare le misure necessarie affinché gli illeciti summenzionati (anche in ipotesi di tentativo, istigazione e concorso, benché non si indichi quale sia il *minimum* rilevante a tali fini, continuando a mancare al riguardo norme di parte generale di fonte europea) siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, e che possano altresì comportare l'extradizione. La Decisione quadro stabilisce anche che tali misure possano essere accompagnate dalla confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, dal divieto di svolgere direttamente o per interposta persona l'attività professionale esercitata in occasione della commissione del reato, dall'espulsione; e che, ove i reati di favoreggiamento vengano perpetrati a scopo di lucro, gli autori siano passibili di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a 8 anni quando sono commessi in una delle circostanze seguenti: a) il reato è commesso da un'organizzazione criminale quale definita nell'azione comune 98/733/GAI; b) la commissione del reato mette in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime. Tale decisione

¹⁴⁰ C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2009, 3, p. 22.

prevede altresì l'adozione delle misure necessarie per garantire che la persona giuridica dichiarata responsabile¹⁴¹ sia passibile di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, di natura penale o non penale.

Altro fenomeno, disciplinato a livello europeo ed internazionale, è quello relativo alla tratta di esseri umani ed al traffico di migranti.

In proposito, va osservato che la decisione quadro 2002/629/GAI ed il *Protocol on Trafficking* della Convenzione Onu di Palermo del 2000¹⁴² (in linea con l'art. 68 della Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, con la Convenzione OIL n. 143 del 1975, e con la Circolare IMO del dicembre 1998), hanno sostanzialmente previsto che ogni Stato Parte debba adottare misure legislative e di altro tipo necessarie a conferire il carattere di reato, ai sensi del proprio diritto interno, alla tratta di esseri umani ed al traffico di migranti.

Il *Protocol on Trafficking* della Convenzione Onu di Palermo del 2000, relativo al traffico di migranti, all'art. 6, stabilisce che “ogni Stato Parte adotta misure legislative e di altro tipo necessarie per conferire il carattere di reato ai sensi del suo diritto interno, quando l'atto è commesso intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale: a) al traffico di migranti; b) quando l'atto è commesso al fine di permettere il traffico di migranti: i) alla fabbricazione di un documento di viaggio o di identità fraudolento; ii) al fatto di procurarsi, fornire o possedere tale documento; c) al fatto di permettere ad una persona che non è cittadina o

¹⁴¹ Ai sensi dell'art. 2 della Decisione quadro, “Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili degli illeciti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, perpetrati per loro conto da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica in cui detenga una posizione dominante, basata: sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica; sull'autorizzazione ad adottare decisioni a nome della persona giuridica, o sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica. Oltre ai casi già previsti al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte del soggetto di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione degli illeciti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, per conto della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità. La responsabilità delle persone giuridiche a norma dei paragrafi 1 e 2, non esclude l'azione penale contro le persone fisiche che siano autori, istigatori o complici dei reati di cui al paragrafo 1”.

¹⁴² Si è scelto di trattare le due normative insieme, nonostante la fonte di produzione diversa, per ragioni di tipo contenutistico e di comodità e chiarezza espositiva.

residente permanente di rimanere nello Stato interessato senza soddisfare i requisiti necessari per permanere legalmente nello Stato tramite i mezzi di cui alla lettera b del presente paragrafo o tramite qualsiasi altro mezzo illegale”. Rispetto a tali fattispecie base rappresentano mere aggravanti la messa in pericolo, o il rischio di mettere in pericolo, la vita e l'incolumità dei migranti coinvolti; nonché i trattamenti inumani o degradanti, incluso lo sfruttamento, di tali migranti¹⁴³. Dunque, si inserisce un obbligo di criminalizzazione del traffico di migranti in sé, ove lo sfruttamento realizza una condotta aggravata¹⁴⁴.

La decisione quadro 2002/629/GAI all'art. 1 prevede che “ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti atti siano puniti come reato: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona, qualora: a) sia fatto uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento; oppure b) sia fatto uso di inganno o frode; oppure c) vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima; oppure d) siano offerti o ricevuti pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona a fini di sfruttamento del lavoro o dei servizi prestati da tale persona, compresi quanto meno il lavoro o i servizi forzati o obbligatori, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù o alla servitù oppure a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia. Il consenso, presunto o effettivo, da parte di una vittima della tratta degli esseri umani allo sfruttamento è irrilevante qualora si sia ricorsi a uno dei mezzi indicati al paragrafo 1”. Sulla tratta di esseri umani è stata emanata da ultimo, il 5 aprile 2011, la direttiva 2011/36/UE, secondo il cui art. 2 “Gli Stati membri adottano le misure

¹⁴³ La direttiva n. 81/2004 istituisce un permesso di breve durata per i cittadini di Paesi terzi vittime di tratta o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale al fine di cooperare con le Autorità competenti : ma questo é un permesso assolutamente inutile, volto solo a garantire la partecipazione al processo e complessivamente inefficace, perché in pochi sceglieranno di collaborare sapendo di dover tornare a breve nel proprio Paese di origine.

¹⁴⁴ Sull'argomento, diffusamente, G. PALMISANO, *Strumenti internazionali per la lotta al traffico dei migranti*, cit. , p. 104 ss.

necessarie affinché siano punibili i seguenti atti dolosi: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi. Il consenso della vittima della tratta di esseri umani allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante in presenza di uno dei mezzi indicati al paragrafo 1". La scelta di sostituire le precedenti decisioni quadro con direttive è mossa dal maggiore livello di *enforcement* che queste ultime possiedono.

Tali disposizioni hanno instaurato un preciso parallelismo - sottolineandone la stretta correlazione - tra la "tratta di esseri umani" (*trafficking in human beings*) ed il "traffico di migranti" (*smuggling of migrants*), laddove la prima ipotesi, invece, si distingue dalla seconda in quanto caratterizzata dall'*abductio* della vittima, mediante condotte costrittive, abusive o decettive, a fini di sfruttamento (non solo economico)¹⁴⁵. Inoltre, la normativa internazionale prevede la transnazionalità quale requisito necessario dell'ipotesi di *smuggling of migrants* (trasporto), rappresentando, invece, la stessa un elemento soltanto eventuale del *trafficking in persons* (traffico-tratta), fattispecie caratterizzata principalmente dalla finalità di sfruttamento e violazione della dignità della vittima.

Eppure, anche se spesso impercettibili nei fatti, non può negarsi il fondamentale rilievo delle suddette differenze, in particolare della partecipazione attiva del migrante nello *smuggling* (peraltro, quest'ultimo non

¹⁴⁵ Così, F. RESTA, *Neoschiavismo e dignità della persona*, in *Giur. merito*, 2008, 6, p. 1689.

è ritenuto penalmente perseguibile, seppure non è esclusa *a priori* la possibilità di una sua incriminazione per un titolo di reato diverso da quelli previsti nel Protocollo) : ed, infatti, coerentemente, si afferma che il bene protetto da tali disposizioni è da rinvenirsi nella sovranità statale e non nella tutela dei diritti fondamentali della persona¹⁴⁶. Per quanto non voglia negarsi che nei fatti, talvolta, si verifichi una sinergia, tipica dell'attuale contesto socio-economico, tra neoschiavismo, traffico di persone e sfruttamento del migrante - in ragione delle condizioni di estrema vulnerabilità cui la marginalità, l'isolamento, la frequente clandestinità spesso lo condannano¹⁴⁷ - sovrapporre la tratta al traffico di migranti ci sembra un grave errore metodologico; tanto più in ragione del fatto che, per chi scrive, la sovranità statale in sé non appare tra i beni legittimamente tutelabili attraverso il diritto penale. Infatti, la tutela di beni superindividuali, nella misura in cui questi rappresentino la sintesi di molteplici beni personali, è assolutamente legittima; invece, il pericolo, quando si delineano beni superindividuali che si distaccano dai titolari originari per divenire autonomi, è, secondo parte della dottrina, quello di determinare in realtà una personificazione artificiale di complessi di regole o istituzioni.¹⁴⁸ In questi casi, infatti, si verifica una sorta di volatilizzazione dell'oggetto di tutela che finisce con il confondersi con la *ratio* della tutela stessa: il diritto penale sembrerebbe non tutelare più beni, ma funzioni amministrative o assetti di disciplina miranti a regolare lo svolgimento di certe attività. Il diritto penale, quindi, avrebbe solo il compito di sanzionare l'inosservanza di norme organizzative, e non la realizzazione di fatti socialmente dannosi con conseguente trasformazione dell'illecito penale in un illecito di mera trasgressione, di mera disobbedienza. Sulla questione si ritornerà più approfonditamente nell'ultimo capitolo.

¹⁴⁶ G. PALMISANO, *Strumenti internazionali per la lotta al traffico dei migranti*, cit. , p. 101 ss.

¹⁴⁷ F. RESTA, *Neoschiavismo e dignità della persona*, cit., p. 1689.

¹⁴⁸ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in Scholler/Philipps (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; In proposito, cfr. spec. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv .it. dir. proc. pen.*,1995, p. 343 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di GIOSTRA-INSOLERA, Milano,1998, pp. 152-153.

Esistono poi delle direttive che sono indirizzate a specifici soggetti, in virtù della funzione da loro svolta. Le disposizioni ivi previste - a differenza delle precedenti - si strutturano come fattispecie proprie.

Per quanto riguarda le previsioni relative agli obblighi gravanti su destinatari specifici, si pensi alla direttiva 2001/51/CE del 28 giugno 2001, che, con l'obiettivo di un contrasto efficace all'immigrazione clandestina, impone agli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie per garantire che l'obbligo imposto ai vettori in materia di riconduzione dei cittadini di Paesi terzi sia attuato, sanzionando l'ipotesi in cui il vettore non trasporti il migrante nel Paese di destinazione¹⁴⁹; o ancora, alla direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare¹⁵⁰, richiedendo l'irrogazione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, anche di natura penale¹⁵¹.

¹⁴⁹ L'art. 2 della direttiva prevede che "gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per garantire che l'obbligo imposto ai vettori in materia di riconduzione di cittadini di Paesi terzi di cui alle disposizioni dell'articolo 26 § 1, lettera a), della convenzione di Schengen si applichi anche quando l'ingresso è negato al cittadino di un Paese terzo in transito, qualora: a) il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo; b) le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso o lo abbiano rinvio"; il successivo art. 3, invece, stabilisce che "gli Stati membri adottano le misure necessarie per obbligare i vettori che non siano in grado di provvedere al ritorno di un cittadino di un Paese terzo cui sia stato rifiutato l'ingresso a trovare immediatamente il mezzo per ricondurlo e a sostenere le relative spese, oppure, allorché non può essere immediatamente ricondotto, a prendere a carico le spese di soggiorno e di riconduzione del cittadino in questione". Le disposizioni seguenti fissano altresì gli importi minimi e massimi della sanzione pecuniaria applicabile, facultizzando sanzioni di altro tipo quali l'immobilizzazione, il sequestro e la confisca del mezzo di trasporto o ancora la sospensione temporanea o il ritiro della licenza di esercizio.

¹⁵⁰ Secondo la normativa dell'Unione, gli Stati membri devono obbligare i datori di lavoro: a chiedere che un cittadino di un Paese terzo, prima di assumere l'impiego, possieda e presenti loro un permesso di soggiorno valido, o un'altra autorizzazione di soggiorno; a tenere, almeno per la durata dell'impiego, una copia o registrazione del permesso di soggiorno o altra autorizzazione di soggiorno a disposizione delle autorità competenti degli Stati membri, ai fini di un'eventuale ispezione; a informare, entro un termine fissato da ciascuno Stato membro, le autorità competenti designate dagli Stati membri dell'inizio dell'impiego di un cittadino di un Paese terzo.

¹⁵¹ Ai sensi dell'art. 5, "le sanzioni inflitte in caso di violazioni del divieto di cui all'articolo 3 includono: a) sanzioni finanziarie che aumentano a seconda del numero di cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente; b) pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio. Gli Stati membri possono invece decidere che le sanzioni finanziarie di cui alla lettera a) riflettano almeno i costi medi di rimpatrio. Gli Stati membri possono prevedere sanzioni finanziarie ridotte nei casi in cui il datore di lavoro sia una persona fisica che impiega a fini privati un cittadino di un Paese terzo

Con ciò si realizza evidentemente un trasferimento di responsabilità in capo a soggetti privati¹⁵², accentuando quella sensazione di deresponsabilizzazione che si era già manifestata per quanto riguarda il controllo delle frontiere. Sia queste disposizioni che pongono obblighi sui vettori o sui datori di lavoro, sia le convenzioni con i Paesi terzi e i partenariati mirano evidentemente a collocare fuori dalle frontiere europee e dalle responsabilità delle Istituzioni comuni il problema immigrazione.

Come anticipato, oltre a quello della previsione di sanzioni penali nei confronti di soggetti che, in vario modo, favoriscano il fenomeno dell'immigrazione clandestina, l'U.E. si è posta un ulteriore problema : quello relativo alle garanzie minime ed alle procedure da adottare per l'espulsione dei migranti.

Posto, infatti, che l'U.E. non fa mai riferimento in via diretta ad una criminalizzazione dei migranti irregolari - ma, come si vedrà in particolar modo nel secondo capitolo, neanche la esclude - , il problema principale che essa si pone è quello relativo all'allontanamento dei migranti irregolari, obiettivo che ritiene essenziale.

In proposito, vanno analizzate due altre direttive, assolutamente rilevanti per la capacità di influire sulla libertà personale degli stranieri : la direttiva 2001/40/CE e l'ormai nota direttiva rimpatri.

La direttiva 2001/40/CE, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi, attuata in Italia con d.

il cui soggiorno è irregolare e non sussistano condizioni lavorative di particolare sfruttamento". Ai sensi dell'art. 9, "gli Stati membri garantiscono che la violazione del divieto di cui all'articolo 3, se intenzionale, costituisca reato in ciascuno dei seguenti casi, come previsto dalla legislazione nazionale: a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore. Gli Stati membri provvedono affinché siano perseguibili penalmente l'istigazione, il favoreggiamento e la complicità a commettere intenzionalmente gli atti di cui all'articolo 1".

¹⁵² Per quanto riguarda specificamente gli obblighi dei vettori, M. PASTORE, *Frontiere, conflitti, identità. A proposito di libera circolazione e nuove forme di controllo sociale in Europa*, cit., p. 27.

lgs. n. 12 / 2005, all' art. 3 prevede che l'allontanamento da ritenersi esecutivo nell'intero spazio giuridico europeo è quello per cui “a) il cittadino di un Paese terzo è oggetto di una decisione di allontanamento giustificata da una minaccia grave e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e adottata nei seguenti casi: condanna del cittadino di un Paese terzo da parte dello Stato membro per un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno; esistenza di seri motivi per ritenere che il cittadino di un Paese terzo abbia commesso fatti punibili gravi o esistenza di indizi concreti che intende commettere fatti di tale natura nel territorio di uno Stato membro; b) il cittadino di un Paese terzo è oggetto di una decisione di allontanamento giustificata dal mancato rispetto delle normative nazionali relative all'ingresso o al soggiorno degli stranieri”.

Infine, va fatto qui un cenno alla cd. direttiva rimpatri, le cui ricadute sull'ordinamento interno - in particolare in seguito alla sentenza El Dridi - si analizzeranno specificamente nel secondo capitolo, in relazione all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater* T. u. imm.

La direttiva 2008/115/CE del 24 dicembre 2008 “recante norme e procedure comuni, applicabili agli Stati membri, di rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare” è il primo atto di questo settore adottato secondo la procedura di codecisione¹⁵³ : e, tuttavia, “il compromesso raggiunto, che ha visto il Parlamento cedere su tutta la linea rispetto alla sua posizione iniziale, si deve in particolare alla minaccia velata che l'apposizione di emendamenti al testo avrebbe comportato l'irrigidimento della posizione di alcuni Stati e si sarebbe risolta con tutta probabilità nell'introduzione di misure più restrittive in seconda lettura (...)”¹⁵⁴.

Tale direttiva si pone sulla scia degli auspici manifestati il 17 giugno 2008 nel patto europeo sull'immigrazione e l'asilo adottato dal Consiglio

¹⁵³ C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, cit., p. 19.

¹⁵⁴ F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione.*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 3, p. 671.

Europeo, orientati alla formazione di procedure uniformi¹⁵⁵, nell'ambito della tutela di *standard* minimi di diritti¹⁵⁶.

Ai sensi dell'art. 6, gli Stati membri adottano decisioni di rimpatrio nei confronti dei migranti irregolari (fatta eccezione per talune ipotesi derogatorie¹⁵⁷), da un lato garantendo effettività alle politiche di gestione dei flussi migratori, dall'altro prevedendo dei limiti a tutela della libertà personale dello straniero; questo avviene principalmente favorendo il rimpatrio volontario (art. 7) rispetto a quello coattivo, che interverrà solo in maniera subordinata (art. 8).

L'art. 8 della direttiva prevede, infatti, che ove lo straniero non parta volontariamente, lo Stato possa procedere all'allontanamento, eventualmente

¹⁵⁵ Sul punto, si veda la critica di F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, cit., p. 671, secondo cui “la necessità di arrivare ad un compromesso ad ogni costo non pare giustificata nemmeno dall'esigenza di addivenire ad una disciplina comune della materia, posto che lo strumento in questione si limita a realizzare un'armonizzazione *de minimis*. Lungi dal fissare una disciplina completa ed uniforme, la direttiva contiene numerose clausole di deroga, così come opzioni alternative che lasciano agli Stati ampi margini di discrezionalità in fase di attuazione”.

¹⁵⁶ Così, F. VIGANÓ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2, p. 560 ss.

¹⁵⁷ Si riporta, per comodità del lettore, l'art. 6 § 2, 3, 4, 5 : “ Un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare e che è in possesso di un permesso di soggiorno valido o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare rilasciati da un altro Stato membro deve recarsi immediatamente nel territorio di quest'ultimo. In caso di mancata osservanza di questa prescrizione da parte del cittadino di un Paese terzo interessato ovvero qualora motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale impongano la sua immediata partenza, si applica il § 1. Gli Stati membri possono astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare qualora il cittadino in questione sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali vigenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva. In tal caso lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il § 1. In qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio. Qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare. Qualora un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare abbia iniziato una procedura per il rinnovo del permesso di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisce il diritto di soggiornare, lo Stato membro in questione valuta l'opportunità di astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio fino al completamento della procedura, fatto salvo il § 6”. Più in generale, la CGCE ha affermato che non sussiste mai in capo allo Stato l'obbligo di effettuare un'espulsione legata a situazioni di irregolarità (Corte Giust. CE, 22 ottobre 2009, C- 261/08 e C-348/08, *Zurita Garcia*), e comunque la stessa direttiva ammette la possibilità di disposizioni statali più favorevoli.

previa emanazione di un apposito ordine, prendendo tutte le misure “necessarie” per eseguire l’allontanamento stesso, nel rispetto del principio di proporzionalità (ossia anche tramite l’accompagnamento coattivo alla frontiera). Nel caso in cui lo straniero non sia partito volontariamente e non sia possibile eseguire immediatamente l’allontanamento coattivo ai sensi dell’art. 8, la disciplina applicabile diverrà quella dell’art. 15, che prevede la possibilità che lo straniero sia sottoposto nelle more a misure limitative (come l’obbligo di presentarsi periodicamente all’autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l’obbligo di dimorare in un determinato luogo) o addirittura privative (in caso di insufficienza di misure meno lesive) della sua libertà personale, consistenti queste ultime nel suo trattenimento in un centro di permanenza temporanea fino ad un termine di diciotto mesi, alle tassative condizioni e con le garanzie previste dallo stesso art. 15 e dal successivo art. 16. E’ data, tuttavia, facoltà allo Stato di trattenere gli immigrati altresì in un istituto penitenziario, avendo in tal caso cura di assicurare che siano tenuti separati dai detenuti ordinari (art. 16 § 1). Infine, va osservato che le norme della direttiva, qui sinteticamente riassunte, dovranno trovare applicazione in tutte le procedure di rimpatrio degli immigrati “irregolari”, restando salva soltanto la facoltà degli Stati di non applicarle in materia di respingimento alla frontiera (art. 2 § 2 lett. a) nonché quando il rimpatrio sia disposto *sub specie* di sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, nonché nell’ambito di procedure di estradizione (art. 2 § 2 lett. b) : quest’ultima clausola è stata interpretata restrittivamente, escludendo dai reati che ammettono l’espulsione non volontaria quelli che incriminano il fatto in sé della permanenza e dell’ingresso illegale¹⁵⁸.

Secondo taluni Autori, la direttiva rimpatri sarebbe stata valorizzata nei suoi profili positivi, attraverso l’eliminazione della sanzione detentiva per la fattispecie di cui all’art. 14 co. 5 *ter* e *quater* del Testo unico, che era sproporzionata, inidonea e non necessaria. Inoltre, il riconoscimento

¹⁵⁸ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2 giugno 2011, p. 268; nonché, v. punto 49 della motivazione della sentenza El Dridi.

dell'applicabilità diretta della direttiva, volta ad una riduzione del penalmente rilevante per effetto del riconoscimento di un diritto individuale da parte del diritto dell'U.E., con retroattività della *lex mitior* e travolgimento dei giudicati, sarebbe un altro fattore da guardare con favore, unitamente al ruolo di garanzia svolto dalla giurisprudenza in questa vicenda¹⁵⁹.

A nostro parere, se da un lato si può condividere l'apprezzamento per gli effetti della direttiva su una normativa italiana esasperatamente repressiva, d'altro canto, numerose sono le critiche avanzabili nei confronti della stessa, non a caso soprannominata 'direttiva vergogna' o 'direttiva dell'infamia', che ha indubbiamente confermato il processo di regressione nella tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione¹⁶⁰. Alla difficoltà di immaginare un rimpatrio rispettoso dei diritti umani si aggiunge la difficoltà di qualificare come Paesi terzi sicuri gran parte degli Stati di ritorno o di transito¹⁶¹: tali valutazioni spesso si fondano su ragioni del tutto politiche e non sull'effettivo livello di protezione dei diritti esistente; ancora, "la definizione di rimpatrio volontario lascia trapelare come l'elemento volontaristico in tale processo sia alquanto evanescente"¹⁶²; inoltre, va rilevato che, sempre per le indeterminate ed inafferabili esigenze di ordine e sicurezza pubblica, è possibile non concedere un periodo per la partenza volontaria o concedere un periodo inferiore ai sette giorni.

¹⁵⁹ Dai contributi di seguito indicati, aventi prevalentemente ad oggetto il rapporto tra la direttiva rimpatri e l'art. 14 t.u., argomento che si tratterà specificamente nel secondo capitolo di questo lavoro, sono comunque desumibili valutazioni di ordine generale sulla direttiva in esame, L. MASERA - F. VIGANO', *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri Ue": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano.*, in *Cass. pen.*, 2010, 5, pp. 1710 – 1720; F. VIGANO' - L. MASERA, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 6 luglio 2011; F. VIGANO', *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2011; F. VIGANO', *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2011.

¹⁶⁰ Cfr. ad es., H. C. S. GORSKI, *Stati espulsori e semipersone nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, 1, p. 59 ss.

¹⁶¹ N. P. SOLA, *L'indebolimento delle garanzie nella recente legislazione comunitaria sull'immigrazione e sull'asilo*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 122.

¹⁶² F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, cit., p. 672.

Va ulteriormente osservato che per il trattenimento nei centri d'espulsione - che può essere applicato per tutti, anche per i minori non accompagnati¹⁶³ e le famiglie con minori - la garanzia del “minor tempo possibile” appare davvero blanda, soprattutto in ragione del paradosso che la sua durata può arrivare fino a diciotto mesi, adeguandosi così agli ordinamenti nazionali più restrittivi, e ponendosi sicuramente in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2 e 3 Cost., che tutelano la dignità umana e la libertà personale ed impongono l'osservanza del principio di proporzione sia nell'intervento punitivo che in fase di procedimento cautelare, nonché del principio secondo cui pene e misure cautelari detentive si giustificano solo in relazione alla realizzazione di un fatto di reato, o al procedimento per il relativo accertamento¹⁶⁴; inoltre, il trattenimento - che può avvenire anche in istituti penitenziari, con totale sovrapposizione tra fenomeno criminale e fenomeno migratorio - può essere stabilito persino senza l'intervento giudiziale, ed il controllo successivo non necessariamente deve essere immediato. Bisogna altresì riflettere sulla previsione dell'obbligo di introdurre il divieto di rientrare nel territorio dello Stato in caso di rimpatrio forzato o di inadempimento all'ordine di rimpatrio (art. 11) e sulla facoltà di introdurlo in via generale (art. 6 comma 6), anche in caso di partenza volontaria (art. 11 § 3¹⁶⁵) : è evidente che il divieto di reingresso, che peraltro fa riferimento al territorio dell'intera

¹⁶³ Sul punto, M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 1, p. 39 ha giustamente rilevato che la previsione dell'art. 17 della direttiva – secondo cui ai minori trattenuti è offerta la possibilità di svolgere attività di svago, tra cui attività di gioco e ricreative consone alla loro età e, in funzione della durata della permanenza, è dato accesso all'istruzione – consente di dedurre la forte probabilità che il trattenimento del minore possa anche non essere così limitato nel tempo. Lo stesso Autore (p. 33) solleva altresì un problema relativo al rimpatrio dei minori non accompagnati, disciplinato all'art. 10 della direttiva; quest'ultimo prevede che “prima di allontanare un minore non accompagnato dal territorio di uno Stato membro, le autorità di tale Stato membro si accertano che questi sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio” : e, tuttavia, in effetti, il concetto di famiglia non è uniforme in tutte le società, né l'istituto del tutore è omogeneamente previsto e disciplinato.

¹⁶⁴ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 6.

¹⁶⁵ Art. 11 § 3 : “Gli Stati membri valutano la possibilità di revocare o sospendere un divieto d'ingresso qualora un cittadino di un Paese terzo colpito da un divieto d'ingresso disposto in conformità del paragrafo 1, secondo comma, possa dimostrare di aver lasciato il territorio di uno Stato membro in piena ottemperanza di una decisione di rimpatrio”.

eurozona, può concretamente rappresentare un ostacolo al principio di *non refoulement*¹⁶⁶.

Inoltre, ai sensi dell'art. 6, gli Stati membri 'adottano' una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio sia irregolare, così consacrando l'idea che l'espulsione e l'ottica securitaria siano l'unica possibile soluzione dei fenomeni migratori¹⁶⁷.

Va ulteriormente osservato che se è vero il dato per cui - come abbiamo anticipato - la clausola di cui all'art. 2 § 2 lett. b) è stata finora interpretata restrittivamente, escludendo dai reati che ammettono l'espulsione non volontaria quelli che incriminano il fatto in sé della permanenza e dell'ingresso illegale¹⁶⁸, si tratta solo di una delle possibili - ed auspicabili - interpretazioni, che nei fatti potrebbe essere disattesa.

Sul piano delle garanzie procedurali, va rilevato che l'assistenza legale è garantita solo "su richiesta"; inoltre, è vero che le decisioni di rimpatrio - solo facoltativamente sospendibili in pendenza di un eventuale ricorso - sono adottate in forma scritta e motivate in fatto e in diritto, tuttavia anche qui è prevista una clausola derogatoria, secondo cui è possibile che le informazioni sui motivi in fatto possano essere ridotte laddove la legislazione nazionale consenta che il diritto di informazione sia limitato, in particolare per salvaguardare la sicurezza nazionale, la difesa, la pubblica sicurezza e per la prevenzione, le indagini, l'accertamento e il perseguimento di reati (art. 12 § 1). D'altronde, le decisioni sono tradotte solo su richiesta e relativamente ai loro elementi principali in una lingua comprensibile o "che si può ragionevolmente supporre tale": e, tuttavia, "gli Stati membri possono decidere di non applicare il paragrafo 2 ai cittadini di Paesi terzi che sono entrati in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro e non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato. In tali casi, le decisioni

¹⁶⁶ F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, cit., p. 674.

¹⁶⁷ M. WINKLER, *Il caso EL DRIDI al vaglio della Corte di Giustizia: verso una gestione "più umana" dei rimpatri di stranieri irregolari in Italia?*, in *Resp. Civ. prev.*, 2011, 7-8, p. 1497.

¹⁶⁸ V. nota 141.

connesse al rimpatrio di cui al paragrafo 1 sono adottate per mezzo di un modello uniforme previsto dalla legislazione nazionale”.

Inoltre, sebbene teoricamente il rimpatrio sia possibile solo da parte del Paese membro che abbia un regime in materia di asilo equo e rispetti il principio del *non refoulement*, si è avuto modo di verificare quanto poco effettivi siano tali obblighi.

Complessivamente, quindi, emerge la volontà che la misura detentiva sia l'*extrema ratio*, comunque non adottabile per il solo contrasto del soggiorno irregolare, ma si ribadisce pur sempre la priorità dell'espulsione, anche fuori da garanzie procedurali minime; inoltre, così come chiarito anche dalla Corte di giustizia, gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati¹⁶⁹.

D'altronde, come si vedrà nel secondo capitolo, la direttiva rimpatri, nell'interpretazione che di essa ha fornito la Corte di Giustizia, ha dato luogo, nel nostro Paese, a dispute giurisprudenziali e dottrinali, che si sono concluse con l'intervento del legislatore nel giugno 2011. Quest'intervento ha comportato l'eliminazione delle sanzioni penali detentive per l'inottemperanza all'ordine del questore, ma si è altresì distinto per la scelta di continuità rispetto a politiche di compressione dei diritti fondamentali (ad esempio, un prolungamento fino a diciotto mesi del termine massimo di trattenimento degli immigrati nei C.I.E.) e di *favor* verso l'espulsione¹⁷⁰.

Sul piano generale, si ritiene che non possa essere guardato come salvifico - rispetto ad una situazione politica certamente difficile - il ruolo dei giudici, il cui buon senso può essere anche da apprezzare in relazione ad episodi specifici, ma non può essere enfatizzato a scapito della sovranità popolare che - più o meno condivisibilmente - si esprime attraverso il Parlamento. D'altronde, è la sfiducia istituzionalizzata di habermasiana memoria a doverci guidare nei rapporti con gli attori istituzionali, dando sempre per presupposta l'esistenza di un cattivo interprete.

¹⁶⁹ M. F. MASSÒ GARROTE, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione Europea*, cit., p. 166.

¹⁷⁰ In tal senso, A. NATALE - C. RENOLDI, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Quest. Giust.*, 2011, 5, p. 18 s.

Questa sfiducia, nelle ipotesi specifiche che stiamo esaminando, è avvalorata, ad esempio, dall'atteggiamento oscillante delle Corti (anche della Consulta) rispetto all'aggravante della clandestinità (poi dichiarata incostituzionale), al reato di clandestinità (che, invece, è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale), al reato di inottemperanza all'ordine del questore (rispetto al quale annose dispute sono state solo parzialmente risolte dal recente intervento legislativo del giugno 2011) ecc.; oscillazioni che sono determinate da un lato dall'elusione del paradigma beccariano della pena "pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle dette circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi"¹⁷¹ e dalla dilagante ipertrofia penalistica, dall'altro dall'inammissibilità - in un sistema basato sul principio di stretta legalità e sulla riserva di legge - di un ruolo creativo, ma soprattutto vincolante della giurisprudenza (non esiste da noi, infatti - nonostante le recenti pronunce sul diritto vivente e sui rimedi all'*overruling* - la dinamica del precedente vincolante, che naturalmente determina una maggiore uniformità giurisprudenziale).

Peraltro, pur nella consapevolezza della difficile realizzabilità dell'idea del giudice "bocca di legge" di illuministica memoria, l'affidare al giudice la riscrittura o la cancellazione di intere fattispecie, rischia di essere operazione inefficace in quanto non rispondente alla sensibilità, cultura e volontà popolare che in democrazia si esprime e continuerà ad esprimersi attraverso il Parlamento; ciò non elimina il dato per cui i giudici contribuiscano, con il loro operato, alla tutela dei principi e delle garanzie del nostro Stato sociale di diritto, ma una tale tutela non può legittimamente aver luogo violando gli stessi principi costituzionali, e fra essi il principio di legalità.

La supplezza giudiziaria è un fenomeno patologico risalente, certamente indotto anche dallo stato patologico della nostra legislazione; ma si tratta di un rimedio peggiore del male.

¹⁷¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. PISAPIA, Milano, 1964, p. 133.

5. Lo straniero nella Costituzione italiana

Nell'ordinamento italiano, il rapporto tra diritto penale ed immigrazione irregolare si sviluppa su tre livelli : principi costituzionali, legislazione ordinaria e prassi. Questi livelli, diversamente esposti alle contingenti pulsioni di sicurezza, esprimono *rationes* e producono effetti diversi¹⁷².

Va, anzitutto, rilevato che in tema di diritti dello straniero la Costituzione non offre un quadro sempre soddisfacente, sia perché l'Italia è sempre stata Paese di emigrazione, sia per la prospettiva statualista di cui è sostanzialmente impregnata la Carta¹⁷³.

E' evidente, tuttavia, che oggi si rivela inammissibile una lettura della cittadinanza in un'ottica statocentrica e non antropocentrica¹⁷⁴: "La cittadinanza non è l'appartenenza ad uno Stato, ma è prima di tutto il patrimonio di diritti che ti porti dietro quale che sia il luogo del mondo dove ti trovi"¹⁷⁵. E, dunque, si rivelano inaccettabili le posizioni di chi, ritenendo la Costituzione un fatto politico ed affermando che i diritti inviolabili non sono né sacri né naturali, estende il principio di uguaglianza e tutte le sue garanzie ai soli cittadini¹⁷⁶ : d'altro canto, anche prescindendo dall'argomentazione giusfilosofica relativa alla sacralità e naturalità dei diritti inviolabili, come vedremo, la Costituzione e la Consulta estendono pacificamente il principio di uguaglianza, relativamente al godimento dei diritti inviolabili, anche agli stranieri. Altrettanto censurabile appare l'argomentazione per cui agli stranieri sarebbe ontologicamente destinata la sola previsione di cui all'art. 10 co. 2 Cost., che implica l'immediata applicabilità di un solo *minimum* di garanzie, ferma restando la possibilità che il legislatore preveda l'estensione di altre

¹⁷² M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 242.

¹⁷³ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., pp. 106-107.

¹⁷⁴ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., p. 116.

¹⁷⁵ G. PALOMBARINI, S. RODOTA', *Migranti e sicurezza. Un punto di vista laico*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 35.

¹⁷⁶ A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 144 ss.

tutele¹⁷⁷ : come se fosse sufficiente non trattare lo straniero come uno schiavo, non ‘torturarlo’ - ed al massimo non separarlo dalla sua famiglia - per rispettare la sua dignità di uomo (questi, purtroppo, sono i soli effettivi presidi di tutela previsti dalle dichiarazioni internazionali).

D'altronde, il riconoscimento agli stranieri dei diritti fondamentali - sebbene non si pretenda di ricavare il contenuto dei principi costituzionali dalla legge ordinaria, pena un'evidente inversione metodologica - è anche statuito a livello di legge ordinaria, dall'art. 2 comma 1 T. u. imm., secondo cui “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti” : quel “comunque presente” evidentemente include anche gli stranieri irregolari. Anzi, nel Testo unico sull'immigrazione, che sicuramente è un corpo normativo meno sensibile della Costituzione alla tutela della persona, sono in ogni caso pacificamente riconosciuti agli stranieri regolarmente soggiornanti i diritti in materia civile (art. 2 co. 2 t.u.), il diritto alla partecipazione alla vita pubblica locale (*ex* art. 2 co. 4 t.u.) - seppure non di elettorato -, il diritto alla libera circolazione nel territorio nazionale (con l'eccezione di cui all'art. 6 comma 6 t.u.), il diritto all'esercizio della professione (art. 37 t.u.), la tutela previdenziale ed assistenziale (art. 22 commi 13 e 14 t.u.) e sociale (di cui all'art. 41 t.u.) ecc.¹⁷⁸.

Altri Autori, invece, rilevano che, su di un piano strettamente formale, negli artt. 4, 16, 17, 18, 38 co.1, 48, 49, 50 e 51 Cost. il destinatario sarebbe il solo cittadino, e che quindi per gli stranieri la discrezionalità normativa sarebbe limitata dalle sole garanzie minime ricavabili dall'art. 2 Cost.; viceversa, negli artt. 13, 14, 15, 19, 21, 24, 25, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 co. 2, 40, 41, 42 la garanzia sarebbe estesa a tutti gli “uomini”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rassegna Parlamentare*, 2010, 3, p. 652 ss.

¹⁷⁸ L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 20 ss.

¹⁷⁹ Sui diversi orientamenti, P. STANCATI, *La disciplina multilivello dello status libertatis del non cittadino, con particolare riferimento al concorso del parametro internazionale con i presidi di garanzia costituzionali : note critiche e ricostruttive*, cit., p. 345 ss. Per un elenco dei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale del tempo ovvero ricavabili

A parere di chi scrive, *de iure condendo* tale distinzione, pur esistente, andrebbe superata, anche valorizzando quanto affermato ripetutamente dalla Corte Costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost., laddove ha ritenuto non preclusivo il riferimento ai 'cittadini'¹⁸⁰ rispetto al riconoscimento di tutele allargate per tutte le persone presenti sul territorio¹⁸¹, sebbene solo relativamente ai diritti inviolabili.

La fundamentalità di un diritto, d'altronde, ne presuppone ontologicamente l'universalità¹⁸²; l'universalità, tuttavia, non va intesa come una 'livella' che determina la scomparsa delle diverse culture in vista della creazione di un'identità globale ed uniforme, ma come il riconoscimento generale dei diritti fondamentali, seppur a partire dalle rispettive differenze¹⁸³, e soprattutto laddove a tale riconoscimento vi sia interesse del titolare.

Ebbene, si proverà a dimostrare la necessità che le principali garanzie della Costituzione - ma il ragionamento potrebbe ben estendersi a tutte quelle in essa previste - siano estese anche agli stranieri, regolari e non. Contestualmente, si ripercorreranno le pronunce della Consulta, che mentre sono arrivate in tempi relativamente recenti a riconoscere tendenzialmente l'estensione delle garanzie previste per i cittadini anche agli stranieri regolari, non fanno generalmente lo stesso per gli irregolari. L'analisi si dividerà in due parti, una che avrà riguardo alle disposizioni sui diritti fondamentali, l'altra inerente alle norme applicabili esclusivamente agli stranieri regolari.

Anzitutto, l'art. 1 stabilisce che l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro e che la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Invero, non è questa la sede per affrontare un tema tanto complesso quanto quello della cittadinanza universale, relativamente al quale si proverà a formulare solo qualche considerazione.

dall'interpretazione delle normative internazionali, cfr. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo – condizione giuridica – estradizione*, Padova, 1992, p. 284 ss.

¹⁸⁰ Tra le tante, Corte Cost., 24 febbraio 1994, n. 62, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, p. 1054 ss.; di recente, Corte Cost., 22 ottobre 2010, n. 299, in *Giur. cost.*, 2010, 5, p. 3867 ss.

¹⁸¹ A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in *I diritti dell'uomo*, 2009, 3, p. 5 ss.

¹⁸² L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, p. 6.

¹⁸³ S. SILVERIO, *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull'immigrato clandestino ovvero irregolare*, in *Pol. del dir.*, 2009, 4, p. 642.

E' evidente che l'accettazione di un'idea di cittadinanza universale, da chi scrive intesa nel senso di possibilità che un soggetto, ovunque si trovi, possa godere di tutte le tutele e i diritti riconosciuti in quello Stato - e non solo di uno *standard* minimo di garanzie in rapporto ai diritti inviolabili - non è questione di poco momento. Il riconoscimento di una tale cittadinanza universale - come insieme di protezioni e benefici materiali garantiti a tutti i membri di una comunità pubblica, con contestuale eliminazione di statuti speciali e privilegiati¹⁸⁴ - non necessiterebbe tanto di un superamento dell'idea di sovranità e di statualità su cui si fondano i nostri ordinamenti, ma piuttosto di una configurazione della cittadinanza non come *status* - che tanto ricorda la dicotomia romanistica cittadino libero/schiavo - bensì come “diritto ad avere i diritti”¹⁸⁵. D'altro canto, questo assunto sarebbe conforme alla generale trasformazione degli *status* riscontrabile attualmente : non più posizioni privilegiate in ragione della nascita, ma posizioni protettive di soggetti deboli (si pensi allo *status* di rifugiato, di minore, di consumatore ecc.). E' evidente che non sussistono, tuttavia, disposizioni interne o sovranazionali a sostegno di tale opzione - anche l'art. 15 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo allorquando afferma che ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza ed a mutare la cittadinanza, se da un lato lega tale diritto all'individuo, dall'altro con il riferimento ad una sola cittadinanza ristabilisce altresì il suo rapporto con lo Stato - che si pone così come una prospettiva *de iure condendo*, partendo dall'idea per cui non sia l'appartenenza ad una comunità a conferire i diritti di cittadinanza, ma l'essere persona a conferire il diritto di appartenenza¹⁸⁶.

¹⁸⁴ In proposito, G. ZINCONI, *Cittadinanza e migrazioni : un'applicazione al caso italiano*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, Torino, 2005, p. 384 s.

¹⁸⁵ H. ARENDT, *Le Origini del Totalitarismo*, trad. it. di A. GUADAGNIN, Milano, 1996, p. 413. In precedenza, già Kant aveva prospettato un diritto cosmopolitico, quale diritto che regola il rapporto tra cittadini di Stati diversi, fondandolo sul dovere di ospitalità del Paese visitato. Così, E. KANT, *Zum Ewigen Frieden*, 1795, trad. it. R. Bordiga, *Per la pace perpetua*, Milano, 1991, p. 65, che rintracciava il fondamento della dimensione cosmopolitica nel “diritto, che spetta a tutti gli uomini, di offrire la loro società in virtù del diritto della proprietà comune della superficie terrestre, sulla quale, in quanto sferica, gli uomini non possono disperdersi all'infinito, ma alla fine devono sopportare di stare uno a fianco dell'altro”.

¹⁸⁶ S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, 2006, Milano, p. 103 ss., citazione riportata in F. VIOLA, *Costituzione e costituzionalismi*, in AA.VV., *Valori*

Resta comunque fermo che se quello di clandestino è pacificamente uno *status* legislativamente prodotto dalle politiche in materia di controllo dell'immigrazione, tale scelta politica deve cedere dinanzi al paradigma dei diritti inviolabili, tra i quali sicuramente rientra il lavoro (espressamente riconosciuto come tale agli artt. 1 e 4 Cost.) quale strumento per un'effettiva uguaglianza; lo stesso lavoro (o meglio la stessa dignità) di cui i migranti sono in cerca. L'idea per cui tra i diritti inviolabili non sia compreso quello all'ingresso e al soggiorno a fini di ricerca di lavoro del "non cittadino"¹⁸⁷ andrebbe, dunque, in prospettiva *de iure condendo*, superata.

Ma veniamo all'art. 2 Cost., il quale nel prevedere che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", mira ad identificare, con una clausola sostanzialmente aperta, una serie di diritti che non tollererebbero alcuna compromissione da parte dei poteri pubblici¹⁸⁸, e tra questi, in primo luogo, il diritto al libero sviluppo della personalità ed alla libera autodeterminazione : è evidente che, se inviolabili, tali diritti non possono conoscere eccezioni.

La libertà di autodeterminazione, a sua volta, non esiste se non c'è uguaglianza. La disposizione dell'art. 2 Cost. - nella cui prospettiva i diritti dell'uomo vengono guardati non tanto nella loro appartenenza, quanto nel contesto dei rapporti tra individuo ed autorità - va letta, quindi, in connessione con l'art. 3 Cost. Esso attribuisce pari dignità sociale a tutti i cittadini, e ne riconosce l'uguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Ed è evidente che l'intangibilità dell'autodeterminazione individua un' immediata espressione della dignità stessa : un soggetto, peraltro, può dirsi autonomo nelle proprie determinazioni, solo se è indipendente nelle scelte personali, libero da interferenze e controlli altrui, statali o privati che siano¹⁸⁹.

costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione Italiana. Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Roma, 5-7 dicembre 2008, a cura di F. D'AGOSTINO, p. 120.

¹⁸⁷ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 47.

¹⁸⁸ A. BARBERA, *Principi fondamentali. Sub art. 2 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1975, p. 51 ss.

¹⁸⁹ Questi diritti della personalità, caratterizzati da un alto tasso di autonomia ed autodeterminazione, sono stati da taluno definiti diritti di terza generazione. Così G. MARINI,

La *ratio* di quanto detto è confermata dal 2° comma dell'art. 3 Cost., il quale statuisce che “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”¹⁹⁰ : *a contrario*, ciò significa che il godimento dei diritti, non può dipendere da requisiti censitari come il possesso di risorse economiche sufficienti.

Bisogna, inoltre, rammentare che l'art. 41 co. 2 Cost. subordina l'iniziativa economica al rispetto della dignità umana e della libertà, in quanto essa non può svolgersi in modo da recarvi danno.

L'uscita dell'uomo dalla minorità ed il passaggio dalla sudditanza alla cittadinanza universale, ossia l'essere cittadini ovunque ci si trovi, sono garanzie di risalenza illuministica ormai indiscutibili; ed in quanto cittadini universali tutti sono titolari di diritti, anzitutto di quello alla felicità ed all'uguaglianza¹⁹¹.

Tanto premesso, il principio di uguaglianza implica che una differenza diventi discriminazione qualora non abbia una giustificazione ragionevole¹⁹², o quando non vi sia uguale considerazione e rispetto per identità diverse¹⁹³. D'altronde, essendo la dignità - a differenza dell'identità - un concetto relazionale, esso si realizza solo attraverso il suo rispetto¹⁹⁴.

La Consulta ha più volte riconosciuto l'estensione delle garanzie di cui all'art. 3 Cost. anche agli stranieri, pur se limitata ai soli diritti inviolabili, e con possibilità di restrizioni nell'esercizio - soprattutto dei diritti politici - purché razionali e ragionevoli. Tali distinzioni giuridiche sarebbero ammissibili

La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 359 ss.

¹⁹⁰ E, tuttavia, la Consulta ha affermato che “le ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri” (Cfr. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 192, in *Giur. cost.*, 2006, 3).

¹⁹¹ S. MOCCIA, *Mario Pagano ovvero l'impegno civile del giurista*, in *Crit. dir.*, 2-3, 1999, p. 355 ss.; S. MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, 1-3, 2010, p. 192 ss.

¹⁹² P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, cit., p. 23.

¹⁹³ F. BELVISI, *Società multiculturale, persona e Costituzione: l'immigrato come pariah*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 3, p. 85.

¹⁹⁴ Sul tema, molto interessante l'articolo di F. BELVISI, *Società multiculturale, persona e Costituzione: l'immigrato come pariah*, cit., p. 82 ss.

- secondo la Corte - in virtù di differenze di fatto esistenti tra cittadino e straniero. E, dunque, sarebbe possibile uno scollamento tra titolarità dei diritti fondamentali e possibilità di esercizio degli stessi (Corte Cost., sent. n. 120 del 1967; n. 104 del 1969; n. 54 del 1979; n. 306 del 2008¹⁹⁵; n. 11 del 2009¹⁹⁶; n. 187 del 2010¹⁹⁷; n. 329 del 2011¹⁹⁸) : tuttavia, queste pronunce - come anticipato - nell' affermare il divieto di discriminazione verso lo straniero legittimamente soggiornante, nuovamente riconoscono la differenza tra regolare ed irregolare; in esse, infatti, posta la premessa che è possibile subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata, si afferma che una volta che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini.

Eppure, a chi scrive, pare non solo che le distinzioni giuridiche spesso rilevate dalle Corti abbiano dimostrato un disancoramento tra valori giuridici e realtà sociale, ma che siano spesso risultate sintomatiche di elementi che, per quanto connaturati alla forma di Stato territorial-nazionale, non sono ascrivibili alla natura delle cose¹⁹⁹ : si pensi al legame più o meno permanente con il territorio, o alla ragion di Stato trasfusa nella politica migratoria, che essendo il frutto di orientamenti di maggioranze contingenti, non pare possa essere qualificata come un interesse pubblico in grado di incidere sulla portata di principi costituzionali²⁰⁰. Sembra, inoltre, impensabile segmentare la dignità umana - che invece simbolizza proprio l'indivisibilità dei diritti civili, politici e sociali - per riconoscerla solo parzialmente²⁰¹. Infine, condivisibile è

¹⁹⁵ Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3324 ss.

¹⁹⁶ Corte Cost., 23 gennaio 2009, n. 11, in *Giur. cost.*, 2009, 1, p. 70 ss.

¹⁹⁷ Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 187, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2212 ss.

¹⁹⁸ Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 329, inedita.

¹⁹⁹ M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2010, 3, p. 574 ss.

²⁰⁰ M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, cit., p. 576.

²⁰¹ F. BELVISI, *Società multiculturale, persona e Costituzione: l'immigrato come pariah*, cit., p. 84.

l'argomentazione di chi ha rilevato un rischio di circolarità : “Le discipline giuridiche che differenziano la posizione giuridica del cittadino e dello straniero (le valutazioni giuridiche di cui parla la Corte) determinano la legittimità costituzionale delle discipline giuridiche differenziate in tema di diritti fondamentali”²⁰².

Va altresì osservato che, nel tempo, nelle pronunce della Corte attinenti ai diritti degli stranieri, il principio di ragionevolezza, pur essendo una derivazione di quello di uguaglianza, sembra distaccarsi da quest'ultima, assumendo una consistenza autonoma non sempre apprezzabile.

Ancora, l'art. 13 Cost., in tema di inviolabilità della libertà personale - la cui portata è stata, *ab initio*, essenzialmente limitata all'*habeas corpus* a tutela della persona fisica da minacce e violenze materiali - oggi si considera includente anche la tutela da offese psichiche e morali ²⁰³. La libertà personale, *ex art. 13 Cost.*, dunque, rappresenta una condizione necessaria all'affermazione dell'identità individuale e conferma il rilievo costituzionale del diritto di autodeterminazione²⁰⁴.

Il valore universale dell'inviolabilità della libertà personale è stato ribadito anche dalla Consulta nella nota pronuncia in cui si sono qualificati il trattenimento nei C.P.T. e l'accompagnamento coattivo quali misure incidenti sulla libertà personale, a cui, quindi, si applicano le garanzie di cui all'art. 13 Cost. ²⁰⁵.

Eppure, appare più che condivisibile la opinione di chi afferma che «vista nel suo insieme, la normativa amministrativa e penale preordinata al contrasto dell'immigrazione illegale e all'allontanamento dello straniero irregolare rivela invece i tratti di un vero e proprio diritto speciale, i cui profili essenziali mettono in luce la tensione con una serie di principi del diritto penale, oltre che, più in generale, la bagattellarizzazione della libertà personale del cittadino non comunitario: in forza del diritto

²⁰² A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 37.

²⁰³ Per una disamina dell'evoluzione interpretativa relativa all'art. 13 Cost., S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 90 ss.

²⁰⁴ Sulla relazione tra la libertà di autodeterminarsi in relazione al proprio corpo e l'art. 13 Cost., v. Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro It.*, I, 1991, c. 14 ss.

²⁰⁵ Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2.

speciale dell'immigrazione la restrizione della libertà personale del migrante irregolare rappresenta non già un'*extrema ratio*, ma la regola; è regola, inoltre, l'intervento coercitivo affidato all'autorità di polizia, ossia quell'intervento che il terzo comma dell'art. 13 Cost. pretenderebbe limitato ai "casi eccezionali di necessità ed urgenza"; infine, la coercizione della libertà personale dello straniero tende - sia nella disciplina penalistica, che in quella amministrativistica - a svincolarsi dal riferimento a condotte soggettive lesive di beni, per legarsi ad uno *status*, ossia alla mera condizione individuale del migrante»²⁰⁶.

Inoltre, proprio in riferimento all'art. 13 Cost., si arriva contraddittoriamente ad affermare che, per gli stranieri, il legislatore, nel prevedere restrizioni alla libertà personale, non dovrebbe inevitabilmente attenersi alla necessità di legittimazione alla stregua delle indicazioni di scopo contenute in altre disposizioni costituzionali²⁰⁷.

Passando all'art. 16 Cost. - che prevede il diritto di ogni cittadino a circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza - va osservato che la giurisprudenza ne ha riconosciuto l'applicazione agli stranieri, affermando però, ad esempio, contestualmente, che la mancanza dei mezzi di sussistenza rientra tra quei motivi di sicurezza che consentono una deroga alla libertà di circolazione²⁰⁸. La libertà di

²⁰⁶ A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. Pen. proc.*, 2009, 1S, p. 10.

²⁰⁷ Propone il dibattito, P. STANCATI, *La disciplina multilivello dello status libertatis del non cittadino, con particolare riferimento al concorso del parametro internazionale con i presidi di garanzia costituzionali: note critiche e ricostruttive*, cit., p. 345 ss.; A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, p. 319.

²⁰⁸ Corte Cost., 23 luglio 1974, n. 244, su <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0244s-74.html>, secondo cui: "le posizioni del cittadino e dello straniero nei riguardi dello Stato diversificano sostanzialmente, sol che si consideri che il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso. Non solo, ma ha diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo. Di contro, lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile. Lo Stato ospitante può, pertanto, revocare in ogni momento il permesso di soggiorno o limitare la circolazione di esso straniero

circolazione per cercare lavoro, dunque, è oggetto di una garanzia fondamentale di tutela per i cittadini comunitari, fonte di pericolo per l'ordine pubblico per quelli extracomunitari²⁰⁹. In dottrina, invece, consapevoli della crisi del concetto di cittadinanza, più condivisibilmente - ma non in maniera del tutto soddisfacente, perché comunque si corre il rischio, in caso di interpretazione tecnica del concetto di residenza, di escludere gli irregolari - si reinterpreta l'art. 16 Cost. alla luce della residenza effettiva²¹⁰.

La Corte, inoltre, ha affermato che “quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo, qual è la libertà personale, il principio costituzionale di eguaglianza non tollera in generale discriminazioni tra la posizione del cittadino e quella dello straniero, ma sotto il profilo della disparità di trattamento occorre considerare, al fine del controllo di costituzionalità, le posizioni messe a confronto in relazione alla concreta fattispecie oggetto della disciplina normativa. Mentre il cittadino ha il diritto di non essere allontanato dal territorio dello Stato per alcun motivo, la mancanza di un legame ontologico con la comunità nazionale conduce a negare allo straniero una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano. La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici che spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia

nel proprio territorio, così come l'ordinamento prevede, nella salvaguardia pur sempre dei diritti fondamentali di cui alle ricordate sentenze. Attesa la posizione dello straniero nello Stato italiano quale è stata sopra precisata, non sussiste, nella facoltà concessa ai prefetti dall'art. 152 della legge di p.s., la violazione dell'art. 16, primo comma, della stessa Costituzione. Nell'ambito di applicazione dell'art. 16 legittimamente rientrano, per le motivazioni su espresse, le limitazioni imposte dalle norme vigenti alla libertà di circolazione dello straniero nel territorio dello Stato a tutela di particolari interessi pubblici, quali i motivi di sanità e di sicurezza, intesa, quest'ultima, come ordinato vivere civile. Non v'è dubbio che la mancanza di mezzi di sussistenza da parte dello straniero costituisce una condizione tale da giustificare nei suoi riguardi oltre alla revoca del diritto di soggiorno anche la limitazione di soggiorno e l'imposizione di determinati itinerari in caso di allontanamento. Non va dimenticato che i motivi di sanità e di sicurezza possono nascere oltreché da situazioni generali anche da condizioni particolari (sent. n. 68 del 1964). La condanna subita dallo straniero per reato connesso al fatto della mancanza di mezzi di sussistenza è, ad esempio, tanto per riferirsi al caso di specie, motivo più che valido per allontanarlo dallo Stato con cautele atte a consentirne un controllo amministrativo”.

²⁰⁹ Così, S. SILVERIO, *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull'immigrato clandestino ovvero irregolare*, cit., p. 647.

²¹⁰ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, p. 247.

un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli”²¹¹. E, dunque, in questa come in altre pronunce, si finisce con l’ammettere non solo la possibilità di restrizioni alla libertà di circolazione, in virtù del suo differente *status* giuridico, ma si accetta anche il fatto che queste avvengano senza le garanzie di riserva rafforzata di cui all’art. 16 Cost. (ossia limitazioni che la legge stabilisce “in via generale” e “per motivi di sanità o di sicurezza”)²¹², nonché quelle di legge e giurisdizione *ex* art. 13 Cost.

Si potrebbe - peraltro, fondatamente stando alla lettera della Costituzione - obiettare che il fatto che la Costituzione dedichi alla libertà di circolazione una disposizione autonoma rispetto a quella dedicata alla libertà personale, sia indice sintomatico della volontà di non allargare il concetto di libertà personale fino a ricomprendervi la possibilità di circolare liberamente : dunque, l’art. 16 rappresenterebbe disposizione autonoma che segna il limite di estensione della libertà personale stessa. Per garantire anche allo straniero la libertà di circolazione, si dovrebbe quindi provvedere ad una modifica della Costituzione stessa, alla cui stregua andrebbe poi verificata la legittimità delle direttive e delle altre normative europee ed internazionali che abbiamo recepito.

In chiave critica, sembra comunque potersi affermare che, attualmente, si assista ad un rilievo meramente funzionale dei diritti fondamentali rispetto alla primazia delle libertà economiche : in questa prospettiva, “la tutela di diritti fondamentali viene in rilievo solo come strumentale e funzionale alla delimitazione dell'ampiezza delle libertà economiche, persistendo sullo sfondo l'orientamento della Corte di giustizia di ritenere la libertà di circolazione e soggiorno come una coppia inscindibile nella quale la pregnanza è data alla questione della circolazione all'interno del mercato, mentre il rilievo del diritto

²¹¹ Corte Cost., 24 febbraio 1994, n. 62, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, p. 1054 ss.

²¹² M. MALENA, *Allontanamento dello straniero e libertà fondamentali : profili costituzionali*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit. , p. 272 ss.

a soggiornare con i propri familiari nel luogo scelto da un individuo resta completamente secondario”²¹³.

Si considerino, ancora, gli artt. 17 e 18 Cost., che riconoscono ai cittadini il diritto di riunirsi e di associarsi liberamente. Ebbene, un argomento favorevole all'estensione di tali diritti a tutte le persone si può ricavare dal combinato disposto dell'art. 117 Cost. con la convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992, ratificata e resa esecutiva con l. n. 203/1994 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992, limitatamente ai capitoli A e B) con la quale ci si impegna a garantire ai residenti stranieri alle stesse condizioni che ai suoi cittadini: a) il diritto alla libertà di espressione : tale diritto comprende la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza l'interferenza delle Autorità pubbliche ed a prescindere da considerazioni relative alle frontiere (tuttavia, la disposizione non impedisce agli Stati di assoggettare le imprese di radio-trasmissione, di televisione o di cinema ad un regime di autorizzazione); b) il diritto alla libertà di riunirsi pacificamente, ed alla libertà di associazione, compreso il diritto di fondare sindacati assieme ad altri, e di affiliarsi a sindacati per la difesa dei propri interessi. In particolar modo, il diritto alla libertà di associazione implica il diritto per i residenti stranieri, di creare le loro associazioni locali a fini di assistenza reciproca, di conservazione e di espressione della loro identità culturale o di difesa dei loro interessi riguardo a questioni di competenza della collettività locale, nonché il diritto di aderire ad ogni associazione. E, tuttavia, come anticipato, anche qui il riferimento pare ai soli stranieri regolari.

Ancora, un altro diritto fondamentale è quello alla difesa ed alla tutela giurisdizionale. Ebbene, in tal caso, pur riconoscendosi l'inviolabilità del diritto alla difesa²¹⁴- anche sotto il profilo dell'accessibilità linguistica dei

²¹³ R. CALVANO, *Cittadini "statici" e diritti disuguali*, in *Giur. cost.*, 2011, 3, p. 2539.

²¹⁴ Corte Cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Cass. pen.*, 1993, p. 796 ss.; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 492, in *Giust. pen.*, 1992, I, p. 108 ss.

provvedimenti²¹⁵ - così come coerentemente si deduce dal riferimento a “tutti” contenuto nell’art. 24 Cost., spesso ne è stata mortificata l’effettività in rapporto agli stranieri²¹⁶. Tale effettività è parimenti sacrificata, a livello normativo, dal dato per cui ai sensi degli artt. 90 e 119 del D.P.R. n. 115/2002 il patrocinio gratuito a spese dello Stato è negato agli stranieri irregolari²¹⁷.

Ulteriormente, si è affermata l’essenzialità del diritto all’unità familiare ex artt. 29, 30 e 31 Cost.²¹⁸ E, tuttavia, si è al contempo sostenuto che “l’inviolabilità del diritto all’unità familiare, garantita dall’art. 29 Cost., è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori, mentre nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori l’unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito, restando affidato al legislatore il bilanciamento dell’interesse all’affetto con altri interessi di rilievo”²¹⁹. O ancora, è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell’art. 19 comma 2 lett. c) t.u., nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero convivente “*more uxorio*” con un cittadino italiano (rispetto allo straniero convivente con un parente entro il quarto grado o con il coniuge cittadino), «in quanto la previsione del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado risponde all’esigenza di tutelare, da un lato, l’unità della famiglia, e dall’altro, il vincolo parentale riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici invece assente nella convivenza “*more uxorio*”»²²⁰. Anche le garanzie relative all’unità familiare, dunque, riproducono quel sistema di eccezioni che ne minano l’universalità.

²¹⁵ Corte Cost., 16 giugno 2000, n. 198, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1666 ss.

²¹⁶ Corte Cost., 23 aprile 1974, n. 109.

²¹⁷ Sul punto, L. D’ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, Milano, 2009, p. 16.

²¹⁸ Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 635 ss.; Corte Cost., 26 giugno 1997, n. 203, in *Giur. it.*, 1998, p. 205 ss.

²¹⁹ Corte Cost., 8 giugno 2005, n. 224, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3 ss.

²²⁰ Corte Cost., 20 luglio 2000, n. 313, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 1147 ss.

Dovrebbe, inoltre, essere sottinteso che agli stranieri - ovviamente solo qualora commettano reati offensivi di autentici beni giuridici - siano applicabili le disposizioni costituzionali espressamente riferibili al diritto penale : l'art. 25 Cost. co. 2 e 3 , per cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, né sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge; e l'art. 27 Cost. co. 1 e 3, per il quale la responsabilità penale è personale e le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Sul punto, condivisibilmente, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità, perché in contrasto con il principio di determinatezza *ex art. 25 Cost.*, l'art. 7 *bis* comma 1 d. l. 30 dicembre 1989, n. 416 (Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno di cittadini extracomunitari e di regolarizzazione di cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato), nella parte in cui puniva con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si adoperasse per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente²²¹ .

E' stata pure dichiarata l'illegittimità dell'art. 86 comma 1 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui obbligava il giudice a emettere, senza l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione, eseguibile a pena espiata, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati previsti dagli artt. 73, 74, 79 e 82 commi 2 e 3 del medesimo testo unico²²² .

La necessità di osservare il principio di personalità della responsabilità penale anche per gli stranieri è stata manifestata, con particolare riferimento all'inesigibilità, da una recente pronuncia della Consulta in relazione all'art. 14

²²¹ Corte Cost., 13 febbraio 1995, n. 34, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1155 ss.; la Corte ha osservato che l'espressione impiegata dal legislatore, in mancanza di precisi parametri oggettivi di riferimento diversi da mere sinonimie lessicali, impedisce di stabilire con precisione quando l'inerzia del soggetto che si sia intesa sanzionare raggiunga la soglia penalmente apprezzabile.

²²² Corte Cost., 24 febbraio 1995, n. 58, in *Giur. cost.*, 1995, p. 493 ss.

comma 5 *ter* d. lgs. n. 286 del 1998, secondo cui «il carattere elastico della clausola "senza giustificato motivo" - presente, come altre equivalenti, in numerose disposizioni, e destinata a fungere da "valvola di sicurezza" del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione operi anche laddove la condotta imposta appaia concretamente "inesigibile" - si riconnette alla impossibilità pratica di elencare tutte le situazioni astrattamente idonee a "giustificare" l'inosservanza del precetto». E, tuttavia, anche qui la Corte ha operato implicitamente una parziale esclusione del migrante irregolare, affermando che «nel quadro della disciplina dell'espulsione la clausola in esame, dunque, ancorché non evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico - lettura, questa che la renderebbe pleonastica - ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidono sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche - ha aggiunto la Corte - ad esigenze che riflettono la condizione tipica del "migrante economico", salvo che non ricorrano situazioni riconducibili alle scriminanti previste dall'ordinamento»²²³.

L'universalità della funzione rieducativa della pena, invece, è emersa nella pronuncia che ha dichiarato l' illegittimità, per contrasto con i principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, degli artt. 47, 48 e 50 l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure private e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste²²⁴ : la Corte ha ritenuto in contrasto con gli indicati principi costituzionali la configurazione di una preclusione assoluta alla fruizione delle misure alternative alla detenzione, collegata ad una condizione soggettiva - la mancanza di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato - che di per sé non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso

²²³ Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1541 ss.

²²⁴ Corte Cost., 16 marzo 2007, n. 78, in *Cass. pen.*, 2007, 9, p. 3278 ss.

rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima²²⁵.

Allo stesso tempo, tuttavia, non si può mancare di sottolineare quanto poi si approfondirà in seguito, ossia che l'art. 27 Cost. viene violato quotidianamente dall'applicazione della sanzione espulsiva anche nelle more del procedimento o come misura alternativa, pur mancando di una qualsiasi premialità, nonché da quasi tutte le fattispecie di reato previste dal Testo unico.

Restrittiva è la posizione della Consulta anche in rapporto al riconoscimento agli stranieri irregolari del diritto all'accesso alle cure sanitarie, subordinato ai requisiti dell'indifferibilità ed urgenza; essa ha infatti affermato che “lo straniero presente anche se irregolarmente ha comunque diritto ad un nucleo irriducibile di tutela della propria salute quale diritto fondamentale della persona, e può quindi fruire di tutte le prestazioni sanitarie che risultino indifferibili ed urgenti, secondo i criteri dettati dall'art. 35, comma 3 t.u. 25 luglio 1998 n. 286, sia pure in base a valutazioni mediche da effettuare caso per caso sull'effettiva urgenza delle cure da somministrare; pertanto, l'art. 19, comma 2, t.u. n. 286 cit., nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero extracomunitario che, essendo entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, vi permanga al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico che risulti essenziale in relazione alle sue pregresse condizioni di salute, non contrasta con gli art. 2 e 32 Cost.”²²⁶.

Per quanto riguarda i diritti connessi all'attività lavorativa, infine, la Consulta ha affermato che “una volta che i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, fruendo di idoneo permesso di soggiorno, essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani, né perdono tali diritti per il fatto di rimanere disoccupati”²²⁷. Anche qui,

²²⁵ Sull'argomento, F. CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1982 ss.; nonché, HAYO ALI' ABUKAR, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto della regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato*, *ivi*, p. 3126 ss.

²²⁶ Corte Cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. it.*, 2002, p. 908 ss.

²²⁷ Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 454, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999, p. 55 ss.

evidentemente, le tutele sono subordinate alla sussistenza del permesso di soggiorno.

Come emerge dalla succinta analisi svolta, la Corte ha tendenzialmente riconosciuto l'estensione dei diritti fondamentali agli stranieri regolari - seppur con talune eccezioni da essa stimate ragionevoli -, mentre spesso quest'estensione - per ragioni talvolta discrezionali, talaltra obbligate dall'impianto dell'intero sistema di riferimento - non ha abbracciato anche i migranti irregolari.

La Corte, inoltre, da un punto di vista metodologico, ha tendenzialmente riconosciuto l'illegittimità costituzionale solo allorché il contrasto con le norme costituzionali fosse dichiarabile secondo uno schema binario - cioè alla stregua di un'argomentazione fondata sul mero raffronto della norma censurata con il parametro costituzionale invocato - e, viceversa, non lo ha fatto - adducendo la discrezionalità delle scelte politiche - allorché il contrasto dovesse essere argomentato alla stregua di un ragionamento triadico²²⁸.

A questo punto, va esaminato il gruppo di disposizioni costituzionali che si riferiscono espressamente ed esclusivamente allo straniero.

L'individuazione della disciplina dello *status* del non cittadino si ritiene, infatti, integrabile anche tramite i rinvii mobili *ex artt.* 10, 11 e 117 Cost. a più livelli ordinamentali, che non possono in ogni caso imporre garanzie di livello inferiore rispetto a quelle costituzionali.

L'apertura "internazionalista" di cui sono espressione gli artt. 10 e 11 (e, dopo la recente riforma, anche l'art. 117 Cost.) fu dovuta sia all'esigenza di reagire alla chiusura fascista, che alla necessità di rinnovamento e di un'apertura verso l'esterno in un'ottica pacifista. Ma l'istanza più forte fu forse determinata dalla necessità di proiettare su un piano internazionale quei

²²⁸ G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2010, 1-3, p. 82.

principi di libertà, uguaglianza e di sostanziale rispetto della persona umana che si voleva affermare ed attuare nell'ordine interno²²⁹.

Mentre a tutela delle relazioni interstatali fu posto l'art. 11 Cost., per quanto riguarda quelle interindividuali si elaborò l'art. 10 Cost.

L'art. 10 co. 2 riguarda la condizione giuridica dello straniero e pone una riserva di legge rinforzata in questa materia, creando un doppio vincolo, sia sulla forma che sul contenuto : infatti è prevista la riserva di legge ordinaria, ed è richiesta la conformità alle norme ed ai trattati internazionali²³⁰. L'eliminazione della condizione di reciprocità nel godimento dei diritti civili (di cui all'art. 16 disp. prel.c.c.) che questa disposizione comporta, è espressione di quella volontà di tutelare tutti gli individui, al di là del trattamento riservato agli italiani dallo Stato di provenienza dello straniero.

Il comma 3 dell'art. 10 costituzionalizza il diritto d'asilo. Il diritto d'asilo è istituito più ampio dello *status* di rifugiato, in quanto per il suo configurarsi è sufficiente l'impossibilità per un individuo di esercitare in forma effettiva le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (dal diritto alla vita alle libertà economiche), non essendo necessario che egli sia perseguitato²³¹. Tuttavia, è diffusa la critica per cui la figura costituzionale dell'asilo abbia finito con il coincidere con quella convenzionale del rifugiato o vi sia diventata strumentale²³²; e, mentre avrebbe dovuto rappresentare concetto sia strutturalmente e contestualmente diverso che contenutisticamente più esteso, esso ha finito con il ridursi, sia nella letteratura che nella giurisprudenza, a mero principio di *non refoulement*. E' da rilevare, peraltro, l'assenza di una disciplina interna in materia di asilo - a differenza dello *status*

²²⁹ CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, in AA.VV, *Commentario della Costituzione – Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA e A. SCIALOJA, Bologna-Roma, 1975, pp.461 ss.

²³⁰ In proposito, M. MUSSO, *Immigrazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, vol. VI, p.161, rileva come tale principio è restato disatteso fino alle soglie degli anni 90, specialmente per quanto riguardava il lavoro degli stranieri extracomunitari, praticamente disciplinato dalle sole circolari ministeriali.

²³¹ L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 239 ss.

²³² Dunque, in questa prospettiva, l'asilo opererebbe solo temporaneamente, essendo pendente la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Correttamente, tuttavia, viene rilevato che tale garanzia di protezione temporanea già esiste attualmente, ma non coincide con l'asilo come inteso dalla Costituzione; Così, L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 245 ss.

di rifugiato che è disciplinato dal d. lgs. n. 251 del 2007²³³ - tanto da indurre taluno ad individuare erroneamente una natura meramente programmatica del disposto costituzionale²³⁴.

²³³ Il cui art. 2 lett. e) stabilisce che è rifugiato il “cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'articolo 10. L'art. 7, invece, relativo agli atti di persecuzione, prevede che “ai fini della valutazione del riconoscimento dello *status* di rifugiato, gli atti di persecuzione, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione di Ginevra, devono alternativamente: a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, della Convenzione sui diritti dell'Uomo; b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a). Gli atti di persecuzione di cui al comma 1 possono, tra l'altro, assumere la forma di: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all'articolo 10, comma 2; f) atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia”. Ai sensi dell'art. 4, inoltre, “la domanda di protezione internazionale può essere motivata da avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo Paese di origine ovvero da attività svolte dal richiedente dopo la sua partenza dal Paese d'origine, in particolare quando sia accertato che le attività addotte costituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel Paese d'origine”. Infine, l'art. 8 definisce analiticamente i motivi di persecuzione ed aggiunge : “Nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato, è irrilevante che il richiedente posseda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni”.

²³⁴ Così, in maniera aberrante, Cass. Civ., sez. I, 23 agosto 2006, n. 18353, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8, secondo cui : “In assenza di una legge organica sull'asilo politico che, in attuazione del dettato costituzionale, ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e di concessione, il diritto di asilo deve intendersi come diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo *status* di rifugiato politico, e non ha un contenuto più ampio del diritto di ottenere il permesso di soggiorno temporaneo *ex art. 1 comma 5 d. l. 30 dicembre 1989 n. 416, conv., con modificazioni, nella l. 28 febbraio 1990 n. 39*”; nonché Cass. Civ., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028, in *Giur. it.*, 2007, 2, p. 315 ss., secondo cui “La distinzione fra asiliato e rifugiato non è, sostanzialmente, così netta avuto riguardo al contenuto e allo spirito della norma costituzionale e delle successive leggi di attuazione e di ratifica degli atti internazionali in materia, ovvero autonomamente adottate dal legislatore italiano: in assenza di una legge organica sull'asilo politico (che ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di

Va altresì rilevato che per taluni Autori, essendo l'asilo un diritto soggettivo spettante al singolo, questo non potrebbe essere riconosciuto alle masse, che avrebbero un mero interesse legittimo : tali fenomeni andrebbero prevalentemente risolti con accordi diplomatici tra Stati²³⁵.

Infine, un ulteriore problema è dato dal fatto che alla concessione di assistenza all'interno del Paese ospitante si preferisce favorire una gestione decentrata delle crisi umanitarie, con annessa creazione di zone internazionali protette in prossimità dei Paesi di provenienza, o comunque una politica di asilo interna tutta piegata a ragioni di pubblica sicurezza (si pensi solo alla possibilità che i richiedenti asilo vengano trattenuti in centri di identificazione). Su questo stesso tema, tra l'altro, anche gli Stati membri dell'Unione sono riusciti ad accordarsi solo su degli *standard* minimi di tutela²³⁶.

Tali istituti, a loro volta, sono diversi da quello della protezione sussidiaria, che viene individuata nella tutela - per un periodo di tempo più ristretto rispetto a quella eventualmente concessa al rifugiato - offerta al cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se

richiesta e concessione), attuativa del dettato costituzionale, il diritto di asilo non ha contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello *status* di rifugiato". *Contra*, Cass. Civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4674, in *Riv. dir. internaz.*, 1997, p. 843 ss., secondo cui "L'art. 10, terzo comma, Cost., attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento. Come è stato osservato in dottrina, il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata".

²³⁵ Così, A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, cit., p. 677. *Contra*, molto più condivisibilmente, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4, p. 549, secondo cui "Una seria politica dell'immigrazione, costituzionalmente orientata, non può ignorare il fatto che ci si trova di fronte a fenomeni di massa non evitabili, in cui si manifesta peraltro l'esercizio da parte di milioni di esseri umani di una libertà (la libertà di emigrare) che le convenzioni internazionali riconoscono come diritto fondamentale".

²³⁶ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., p. 171 ss.

ritornasse nel Paese d'origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno²³⁷.

Altri permessi per motivi umanitari sono poi previsti dagli artt. 18 (soggiorno per motivi di protezione sociale)²³⁸, 19 (Divieti di espulsione e respingimento in relazione alle categorie vulnerabili)²³⁹ e 20 (Misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali)²⁴⁰ T.u.imm.

²³⁷ L'art. 14 d. lgs. n. 251/2007 prevede che “ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”. Sul punto, L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 251.

²³⁸ Ai sensi dell'art. 18 comma 1 “Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale”. Tale permesso ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno, o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia.

²³⁹ Ai sensi dell'art. 19, “in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero 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 persecuzione. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate”.

²⁴⁰ Ai sensi dell'art. 20, “con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, sono stabilite, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo di cui all'articolo 45, le misure di ‘protezione temporanea’ da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro da lui delegato riferiscono annualmente al Parlamento sull'attuazione delle misure adottate”. In particolare, la situazione dei cd. sfollati è stata regolamentata dal d. lgs. n. 85 del 2003.

L'art 10 co. 4, invece, riguarda l'estradizione e si pone come corollario del comma precedente. Infatti, la disposizione in esame mira a precisare che lo straniero ha diritto d'asilo anche nei casi in cui egli, vivendo all'estero in un regime di illibertà, abbia ivi commesso reati connessi a tale situazione (o perché provocati da essa o per reagirvi)²⁴¹. Il divieto di estradare per reati politici è poi ripreso dal 2° comma dell'art. 26 Cost., che peraltro subordina - in generale - l'estradizione del cittadino ad una espressa previsione in tal senso nelle convenzioni internazionali.

A questo punto, vanno esaminati gli artt. 11 e 117 Cost. che ci danno la misura della complessità della disciplina del fenomeno migratorio, che non solo coinvolge diverse branche ordinamentali, ma anche diversi livelli normativi (da quello regionale a quello europeo ed internazionale).

Come è noto, l'art. 11 prevede che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni. L'art. 117 co. 1, come modificato con la l. cost. n. 3/2001 di riforma del Titolo V, stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

In relazione alle modalità di recepimento delle varie istanze sovranazionali, sono state ritenute chiarificatrici le sentenze gemelle della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007²⁴² - che erano chiamate ad esprimersi, in particolare, in riferimento alla efficacia interna della CEDU - secondo cui “le disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale, dovendosi altresì escludere che esse possano avere diretta efficacia nell'ordinamento interno in forza dell'art. 10 comma 1, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e concerne esclusivamente i

²⁴¹ S. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, cit., p. 547.

²⁴² Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3535 ss. ; Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3475 ss.

principi generali e le norme di carattere consuetudinario, ma non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale, ovvero dell'art. 10 comma 2 Cost., il quale fa riferimento a ben identificati accordi, concernenti la condizione giuridica dello straniero, ovvero ancora dell'art. 11 Cost., non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali CEDU, alcuna limitazione della sovranità nazionale e non potendosi considerare i diritti fondamentali una materia in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della convenzione, anche una cessione di sovranità". E, dunque, a differenza che per le norme comunitarie ad effetto diretto, in relazione alle quali è ritenuta possibile – in caso di contrasto con una norma interna – la disapplicazione giudiziale di quest'ultima, "il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117 comma 1 cost., di esclusiva competenza della Corte costituzionale. La Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta comunque il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento

al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta - allo stato - l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento²⁴³. Resta ferma la possibilità di attivazione del meccanismo dei cd. controlimiti, invero ad oggi mai azionato dalla Consulta.

Rispetto a tale assetto ci si è chiesti se il Trattato di Lisbona avesse apportato modifiche.

Il nuovo art. 6 TUE esordisce, infatti, al paragrafo 1, stabilendo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma prosegue - per quanto ora interessa - prevedendo, al paragrafo 2, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; per chiudersi, al paragrafo 3, con la statuizione in forza della quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Alla luce della nuova norma, dunque, la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che - secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato - comprendono i diritti sanciti dalla

²⁴³ Cfr., altresì, Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1, p. 163 ss.

stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Sulla questione si è nuovamente espressa di recente la Corte Costituzionale²⁴⁴.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che nessuna modifica rispetto a quanto statuito nelle sent. nn. 348 e 349 del 2007 possa dirsi avvenuta : nessun argomento in tale direzione può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata. Tra l'altro, non sono ancora chiare le modalità di adesione, anche perché l'UE sarà la prima organizzazione internazionale ad aderire alla CEDU. Nel Protocollo n. 8, all'art. 1, è stabilito solo che l'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla CEDU deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea; b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione²⁴⁵.

Quanto, poi, al richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 - secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali - si tratta di una disposizione che riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art.

²⁴⁴ Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 2, p. 578 ss.; nonché, Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 3, p. 960 ss., che ribadisce la prospettiva secondo cui il giudice nazionale è espropriato del potere di dare egli stesso immediata attuazione ai diritti CEDU ed alla giurisprudenza della Corte europea : così R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, cit., p. 1253.

²⁴⁵ Sulle possibili conseguenze dell'adesione, C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 32 ss.

6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona. «Restano, quindi, tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come “principi generali” del diritto comunitario. Le variazioni apportate al dettato normativo - e, in particolare, la sostituzione della locuzione “rispetta” (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione “fanno parte” - non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione. Come sottolineato nella citata sentenza n. 349 del 2007, difatti, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia - che la statuizione in esame è volta a recepire - era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero “parte integrante” dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto»²⁴⁶.

“A volere così navigare senza grossi scuotimenti le acque solcate dalla Corte costituzionale, quel giudice non dovrà far altro che verificare la compatibilità della norma interna con quella della CEDU, sperimentare il canone esegetico dell'interpretazione convenzionalmente orientata nei limiti in cui ciò risulti possibile - avendo immediato ed obbligato riferimento al diritto vivente della CEDU - e, in caso di irrimediabile difformità, sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta per fare dichiarare l'incostituzionalità della norma domestica rispetto a quella convenzionale che funge da parametro interposto dell'art. 117 primo comma Cost.”²⁴⁷

Va, tuttavia, rilevato che anche lo strumento dell'interpretazione conforme ha determinato, in passato, l'efficacia diretta di disposizioni che di per sé non ne avrebbero avuto, in contrasto con il principio di legalità²⁴⁸ : si

²⁴⁶ Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, cit.

²⁴⁷ R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, cit., p. 1244.

²⁴⁸ Sull'argomento, in riferimento alle decisioni quadro, R. CALVANO, *Tra diritto penale europeo e garanzie costituzionali : l'art. 35 del Trattato Ue e la tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, cit., p. 244 ss. Cfr., altresì, F. VIGANO', *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P.

pensi alle decisioni quadro, che, al di là della loro modalità di attuazione, già soffrivano di un'incompatibilità con il principio di legalità in ragione della non democratica fonte di produzione. Certo, questo rischio è meno grave se l'interpretazione conforme riguarda la CEDU - e non il diritto dell'U.E. - essendo la CEDU una Carta volta all'implementazione di diritti e garanzie. Ma, anche in questo caso, l'interpretazione conforme non va effettuata, laddove i diritti e le garanzie considerate abbiano in Italia un riconoscimento più ampio ed una tutela più elevata, così come stabilito dalla Cedu stessa. Inoltre, va tenuto presente il rischio che i principi costituzionali - soprattutto quelli non esplicitamente affermati eppure di indiscutibile valore, come la determinatezza e l'offensività - siano per tale via ricostruiti ed interpretati restrittivamente, con una riduzione delle garanzie ad essi connesse e riconosciute nel nostro ordinamento²⁴⁹.

L'ultima fonte di tutela è la Carta dei diritti fondamentali, rispetto alla quale occorre osservare come si sia ugualmente inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello "stesso valore giuridico dei trattati" abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione.

L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che "le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati".

I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51, stabilisce, al paragrafo 1, che "le

CORSO – E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, p. 617 ss., secondo cui, in generale, l'interpretazione conforme non sarebbe percorribile solo se migliorativa della situazione giuridica del reo - posizione pur sostenuta da altra parte della dottrina- ma potrebbe anche agire in *malam partem*, restringendo l'ambito applicativo di una norma favorevole (ad es., l'art. 53 c.p.) o ampliando l'ambito applicativo di una norma incriminatrice o sanzionatoria (ad es. estensione del concetto di profitto nella confisca). Ed, infatti, il principio di *favor rei* avrebbe natura processuale; invece, sul piano sostanziale, opererebbe il divieto di analogia, ma non di interpretazione estensiva : quindi, tra due opzioni interpretative possibili il giudice potrebbe anche scegliere quella più sfavorevole al reo, a meno che non si fosse consolidato un determinato orientamento ed un cambio di rotta risultasse lesivo del canone di prevedibilità.

²⁴⁹ Sul punto, A. CAVALIERE, *L'influenza sull'ordinamento italiano del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali*, in S. M. PUIG- M. C. BIDASOLO V. - G. MARTIN (a cura di), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012 , p. 248 s.

disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1.

Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia²⁵⁰ : “l'Unione non è infatti ente a competenze generali ma si fonda tuttora sul principio delle competenze di attribuzione, dato da cui deriva l'applicabilità del diritto Ue solo negli ambiti ad esso attribuiti, e la conseguente garanzia dei diritti fondamentali in forza del diritto Ue nei soli ambiti rientranti nel cono d'ombra delle competenze dell'Unione. Ciò fa sì che la tutela dei diritti fondamentali in quegli ambiti ne risulti comunque affetta da una sorta di vizio di origine che indebolisce la rilevanza stessa delle dette situazioni giuridiche poiché tutelate solo se inerenti materie comprese o ricollegabili alla competenza dell'Unione”²⁵¹.

Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, quindi, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto²⁵².

Tuttavia, si è affermato che, se è vero che l'efficacia vincolante della Carta non muta in alcun modo lo *status* dei diritti fondamentali, già collocati al vertice delle fonti normative, modifica però la certezza del diritto rispetto ad essi, essendo questi non più ricavabili solo in via giurisprudenziale, ma anche in via normativa; e tuttavia, si preannuncia altresì la possibilità che, a causa dei vincoli normativi, i diritti fondamentali siano rispettati più restrittivamente

²⁵⁰ Per una pronuncia successiva al Trattato di Lisbona, Corte Giustizia CE, 5 ottobre 2010, n. 400, *M. C. L. E.*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 1, p. 237 ss.

²⁵¹ R. CALVANO, *Cittadini "statici" e diritti disuguali*, cit., p. 2539 s.

²⁵² In questi termini, la Corte Costituzionale nella già citata pronuncia n. 80.

rispetto al passato, in quanto ritenuti - ai sensi dell'art. 53 della Carta di Nizza - in grado di limitare l'Unione e gli Stati solo quando danno attuazione ad una norma dell'Ue (e non nella più ampia area dell'ambito di applicazione o di interesse di essa)²⁵³.

Fatta questa ricognizione dei principi sovranazionali, va altresì analizzata l'influenza della riforma del Titolo V nei rapporti tra Stato e Regioni²⁵⁴. Infatti, la summenzionata modifica ha altresì redistribuito,

²⁵³ C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, cit., p. 31.

²⁵⁴ Sulle questioni emerse in tema di riparto delle competenze, G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del "pacchetto sicurezza"*. *Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. Cost.*, 2010, 5, p. 3901 ss.: «Le sentt. nn. 269 e 299 del 2010, originano dai ricorsi dello Stato avverso le leggi toscana n. 29 del 2009 e pugliese n. 32 del 2009 intervenute in materia di accoglienza ed integrazione degli immigrati. Con argomenti simili a quelli ricordati a proposito delle sentt. nn. 300 del 2005 e 156 del 2006, la sent. n. 269 ha succintamente rigettato le eccezioni di costituzionalità riguardanti la previsione di "specifici interventi... anche a favore di cittadini stranieri comunque dimoranti nel territorio regionale" (art. 2 comma 2); quelle rivolte alle norme che prevedono interventi nel campo socio-assistenziale (art. 6 comma 35), sanitario (comma 55 lett. d) e della formazione professionale (comma 43); quelle che estendono simili interventi ai cittadini neocomunitari (art. 2 comma 4) e che prevedono un supporto regionale ai comuni nella sperimentazione in ordine alle istanze di soggiorno (art. 6 comma 51); e, infine, quelle che stabiliscono la promozione di intese ed azioni congiunte in materia di immigrazione con enti locali, altre regioni, amministrazioni statali, istituzioni europee ed organismi internazionali (comma 11). Meno laconiche le argomentazioni che la Corte spende nella sent. 299. Anche questa pronuncia affronta in primo luogo una serie di censure le quali, benché concernenti norme della legge pugliese che regolano molteplici e non omogenei ambiti di intervento e che investono una serie di diritti sociali anche più ampia di quella caratterizzante la legge toscana, gravitano attorno all'applicabilità di tali norme anche agli immigrati irregolari. Norme, il cui contrasto con l'art. 117 comma 2 lett. a e b Cost. deriverebbe dalla loro capacità di incidere "sulla disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli immigrati" e dal prevedere "interventi volti al riconoscimento o all'estensione di diritti in favore dell'immigrato irregolare o in attesa di regolarizzazione" (pt. 2 del *Considerato in diritto*). Così ristretto l'oggetto del giudizio, la Corte rilegge la normativa e la precedente giurisprudenza in materia per ribadire, da una parte, che il diritto dell'immigrazione non si riduce ai dispositivi di polizia degli stranieri, ma che di esso fanno parte politiche sociali e di integrazione alla cui realizzazione concorrono competenze normative statali e regionali; dall'altra, che ogni straniero è titolare dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce alla "persona", che questi diritti presentano non di rado - è il caso ad es. del diritto alla salute - un "nucleo irriducibile" costituzionalmente tutelato quale "ambito inviolabile della dignità umana" che impedisce "la costituzione di situazioni prive di tutela", e che di questi diritti gli stranieri sono titolari "qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso" (pt. 2.2.1 del *Considerato in diritto*). Ribaditi questi principi, la Corte dichiara in contrasto con l'art. 117 comma 2 lett. l Cost. la previsione di interventi volti a garantire a tutti gli immigrati "la tutela legale e... l'effettività del diritto di difesa" (art. 1 comma 3 lett. h). Infondate invece le altre questioni attinenti questo primo gruppo di censure e quelle riguardanti le disposizioni in materia di tutela della salute dei

internamente, le competenze tra Stato e Regione, per cui attualmente, *ex art.* 117 Cost., sussiste una competenza esclusiva statale in materia di diritto di asilo, condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea ed immigrazione. Ebbene, si ritiene che ciò non abbia determinato una rilevante modifica, in quanto comunque le Regioni manterrebbero competenza esclusiva sulla modalità di integrazione sociale dei lavoratori extracomunitari e competenza concorrente nei rapporti internazionali e con l'UE, e per la tutela e sicurezza sul lavoro²⁵⁵. La riforma sarebbe solo una conferma della disciplina multilivello in materia, ove la competenza statale riguarda essenzialmente la programmazione dei flussi di ingresso ovvero il soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale, mentre le misure di integrazione, quelle sulle prestazioni sanitarie, sull'accesso agli alloggi, sull'istruzione sono devolute alle Regioni.²⁵⁶

Tali posizioni dottrinali sono confortate da numerose decisioni della Corte Costituzionale, secondo la quale in materia di immigrazione e condizione giuridica dei cittadini stranieri è la stessa legge statale a disciplinare una serie di attività pertinenti al fenomeno migratorio e agli effetti sociali di quest'ultimo, e a prevedere che queste vengano esercitate dallo Stato in stretto collegamento con le Regioni, alle quali sono affidate direttamente alcune competenze²⁵⁷.

non cittadini (art. 10 comma 5 e 6), limitandosi la normativa regionale a garantire la tutela di quei "diritti umani inviolabili" anche agli immigrati non in regola, almeno fino all'esecuzione dell'espulsione e "senza che ciò valga a legittimarne la presenza nel territorio dello Stato"» .

²⁵⁵ Sul punto G. BELLAGAMBA – G. CARITI , *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2005, p. 6.

²⁵⁶ C. SALAZAR, *Leggi regionali sui "diritti degli immigrati", Corte Costituzionale e "vertigine della lista" : considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal Governo in via principale*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 406. Si è espressa in questi termini, Corte Cost., 7 marzo 2008, n. 50, in *Giur. cost.*, 2008, 2, p. 737 ss.

²⁵⁷ Corte Cost., 14 aprile 2006, n. 156, in *Lavoro nella giur.*, 2007, 4, p. 370 ss.; nonché, analogamente, Corte Cost., 22 luglio 2005, n. 300, in *Foro it.*, 2006, I, c. 350 .

6. Impianto e *ratio* complessiva del Testo unico sull'immigrazione

La cittadinanza e la condizione giuridica dello straniero - il cui riconoscimento, come si è anticipato, durante l'Ottocento trova spazio all'interno dei testi costituzionali - nella seconda metà del Novecento vengono ripensate in chiave privatistica e proprietaria : questi profili abbandonano il diritto costituzionale per divenire oggetto del codice civile e progressivamente di quel diritto internazionale privato tutto informato al principio della reciprocità (art. 16 disp. prel. c.c.), che sulla base di un elemento esterno quale è la disciplina vigente nel Paese di provenienza permette una discriminazione tra cittadini e stranieri, ma anche tra stranieri di serie A e stranieri di serie B. Su altro versante, i codici penali e le leggi di pubblica sicurezza si occuperanno della disciplina di polizia degli stranieri riguardante l'ingresso, l'allontanamento e la circolazione sul territorio nazionale dei non cittadini²⁵⁸.

Peraltro, è proprio in questo passaggio dai governi ottocenteschi a quelli novecenteschi che la figura del migrante, che richiama un fenomeno collettivo da gestire principalmente sul piano economico, prende il posto di quella dello straniero, che invece rinvia ad uno statuto fondamentalmente individuale e giuridico²⁵⁹.

In Italia, prima della legge Martelli (l. 28 febbraio 1990, n. 39), solo il T.U.L.P.S. conteneva una disciplina in materia di immigrazione. Essa risentiva dei pregiudizi etico-sociali della sua epoca e delle tendenze nazionaliste e xenofobe del fascismo; basti pensare che l'art. 152 co. 1 T.U.L.P.S. attribuiva ai prefetti delle province di frontiera il compito di respingere, per motivi di ordine pubblico, gli stranieri che non fossero in grado di dimostrare la propria identità o che fossero sprovvisti di mezzi, e quindi, potenzialmente pericolosi per l'ordine pubblico, e che dovesse disporsi l'avvio alla frontiera con foglio di via obbligatorio nei confronti degli stranieri che non sapessero dare contezza di sé, di quelli privi di mezzi, o di quelli che esercitino la prostituzione o mestieri dissimulanti l'ozio, il vagabondaggio o la questua (art. 152 co. 2 T.U.L.P.S.).

²⁵⁸ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 39.

²⁵⁹ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 73-74.

Solo nel 1986, con la legge n. 943, si introdusse una disciplina relativa alle “Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine”²⁶⁰, che conteneva le sole figure criminose dell’intermediazione in movimenti illeciti, dell’impiego di extracomunitari in condizioni illegali al fine di sfruttamento e dell’occupazione di lavoratori stranieri sprovvisti di autorizzazione al lavoro : legge che “nonostante notevoli ingenuità, stabiliva il principio della equiparazione del lavoratore straniero al lavoratore italiano (il che non mi sembra poco)”²⁶¹.

Nel codice penale non era prevista alcuna fattispecie incriminatrice in materia di immigrazione, essendo presente nella parte speciale, all’art. 645, solo una disposizione dedicata alla frode in emigrazione²⁶², oltre ovviamente alla previsione di cui all’art. 235 c.p.²⁶³ Questo, proprio perché l’Italia è stata tradizionalmente un Paese di emigrazione e non di immigrazione.

A tale lacunosità della disciplina di rango legislativo corrispondeva un’ampia discrezionalità amministrativa, in cui la gestione fattuale era sostanzialmente demandata all’autorità di polizia²⁶⁴.

Il problema di introdurre una disciplina organica dell’immigrazione si pose in relazione all’obbligo di attuazione dell’Accordo di Schengen del 1985, relativo allo spazio comune europeo senza controlli su merci e persone alle frontiere interne. Tale accordo, nel prevedere, all’art. 7, che le Parti si adoperassero per riavvicinare nei tempi più brevi le proprie politiche in materia

²⁶⁰ Per una ricostruzione storica, cfr., altresì, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., p. 5 ss. Precedente a tale legge, è solo il d. lgs. n. 50 del 1948, che all’art. 2 prevedeva la comminatoria di sanzioni penali a chiunque, a qualsiasi titolo, desse alloggio od ospitalità ad uno straniero, anche se parente o affine, e lo assumesse per qualunque causa alle proprie dipendenze, senza comunicarne entro le ventiquattro ore le generalità all’autorità di pubblica sicurezza.

²⁶¹ E. PUGLIESE, *Immigrazione e politiche migratorie nell’era berlusconiana*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2010.

²⁶² L’art. 645 c.p. recita “Chiunque con mendaci asserzioni o con false notizie, eccitando taluno ad emigrare, o avviandolo a paese diverso da quello nel quale voleva recarsi, si fa consegnare o promettere, per sé o per altri, denaro o altra utilità, come compenso per farlo emigrare, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309 a euro 1.032. La pena è aumentata se il fatto è commesso a danno di due o più persone”.

²⁶³ Per un’ulteriore ricostruzione normativa, M. GAMBARDELLA, *Immigrazione*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, 2006, vol. IV, p. 2892 ss.

²⁶⁴ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., p. 3.

di visti mirava ad evitare le conseguenze negative, in materia di immigrazione e sicurezza, che potessero derivare dall'assenza di controlli alle frontiere comuni.

L'accordo di Schengen da un lato comportava una ridefinizione delle frontiere tradizionali, dall'altro contribuiva a creare una nuova concezione di straniero, da intendersi unicamente come quello extracomunitario.²⁶⁵

E' a partire da questo momento, e quasi sempre in raccordo con le nuove esigenze europee, che comincia in Italia una normazione alluvionale in materia²⁶⁶.

Sia sotto la spinta europea, che delle intense migrazioni degli anni Ottanta e Novanta verso il nostro Paese, sono state emanate, nell'arco di un trentennio, numerose leggi; tra queste, la l. n. 39/90, cd. legge Martelli, la l. n. 40/1998, cd. Turco- Napolitano²⁶⁷, per poi giungere al Testo Unico (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286) e sue modifiche²⁶⁸, fino ai recenti Pacchetti sicurezza (d.l. n. 92/2008 convertito con modificazioni in l. n. 125 / 2008, e l. n. 94 / 2009).

²⁶⁵ In tal senso M. PASTORE, *Frontiere, conflitti, identità*, cit., p. 31 : "L' istituzione di una 'eurocittadinanza' implica *a contrario* il riconoscimento dell'esistenza di un nuovo tipo di 'eurostraniero', per il quale già non mancano le definizioni di legge : dall'italiano 'extracomunitario', allo 'straniero' della Convenzione di Schengen".

²⁶⁶ D. MELOSSI, *Immigrazione e devianza : osservazioni su identità e controllo sociale nella costruzione di una "nuova" democrazia europea*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1993, III, p. 9: "Mi sembra quindi si possa avanzare l'ipotesi che il 'panico identitario' a proposito del progressivo scioglimento della propria identità nazionale all'interno di quella europea, sia entrato in sinergia, per così dire, con le risorse di xenofobia e di razzismo immagazzinate a livello neppur tanto profondo nell'inconscio della tradizione europea, secondo il classico meccanismo del 'capro espiatorio' ". In tal senso, anche M. PAVARINI, *Il diritto penale dell'immigrato straniero*, in *Crit. dir.*, 1996, p.116 : "Dietro alla finzione giuridica di appartenenza comunitaria si cela, per la verità assai malamente, quella antropologica di estraneità culturale, su cui appunto si sostanzia il panico identitario che riconosce socialmente il diverso come pericoloso".

²⁶⁷ Per la disciplina antecedente al t.u., si vedano, tra gli altri, B. NASCIMBENE, *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, *passim*; E. MUSSO, *Immigrazione*, cit., pp.160-172.

²⁶⁸ Tra queste la più rilevante è stata la l. n. 189/2002 (cd. Bossi -Fini), che "costituisce un esempio di quel processo di armonizzazione *in peius* delle normative e delle pratiche nazionali in materia di polizia degli stranieri"; in tal senso, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 164. In merito, cfr., L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2002, p. 14 : "La legge Bossi - Fini realizza non solo un peggioramento (con il prevalere dell'approccio repressivo rispetto a quello inclusivo), ma una vera e propria rottura sotto almeno tre profili : il passaggio da un sistema binario al proibizionismo, la sostituzione dell'approccio repressivo con una vera e propria

La legge Martelli si è occupata per la prima volta in maniera organica della programmazione annuale dei flussi migratori e delle procedure amministrative di ingresso e soggiorno degli stranieri in Italia.

Con essa si introdusse, altresì, la fattispecie penale del favoreggiamento dell'ingresso illegale di soggetti privi di permesso di soggiorno regolare, nonché quello di false dichiarazioni durante il procedimento per la regolarizzazione della posizione relativa all'ingresso ed al soggiorno.

Fu anche introdotta una nuova ipotesi facoltativa di espulsione amministrativa fondata sui presupposti di cui all'art. 1 l. n. 1423 del 1956 (oltre alla previsione di un'ulteriore ipotesi di espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato). Inoltre, la gamma delle condotte poste a fondamento dell'espulsione amministrativa 'ordinaria' venne individuata attraverso l'estensivo riferimento a tutte 'le violazioni in materia di ingresso e soggiorno' ed alla violazione grave di una serie di norme, scarsamente significative sul piano della sicurezza e dell'allarme sociale. E' solo con la legge Martelli che l'espulsione, da strumento di controllo di singoli stranieri reputati pericolosi, assume un carattere strutturale e costitutivo delle politiche di controllo²⁶⁹. Tuttavia, in senso positivo va rilevato il riconoscimento di garanzie procedurali e motivazionali²⁷⁰, oltre all'introduzione di qualche norma progressista sull'asilo e di primi elementi di politica di integrazione²⁷¹.

La disciplina esecutiva delle misure di espulsione era, ad ogni modo, incentrata sull'istituto dell'intimazione ad abbandonare il territorio dello Stato.

Nel tempo, però, si giudicò tale legge - che in realtà già poneva in essere una fortissima stretta sull'immigrazione - inefficace rispetto alla volontà di contenimento del fenomeno.

L'elemento comune di tutte le normative successivamente introdotte fu un continuo inasprimento sanzionatorio, dovuto sia alla generalizzazione della

logica di guerra (preventiva), la degradazione della cittadinanza dimezzata dello straniero a condizione servile".

²⁶⁹ A. COLOMBO, *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Bologna, 2012, p. 82.

²⁷⁰ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 5.

²⁷¹ Così, E. PUGLIESE, *Immigrazione e politiche migratorie nell'era berlusconiana*, cit.

modalità espulsiva mediante accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera con eventuale trattenimento nei centri di permanenza temporanea (C.P.T.) poi denominati centri di identificazione e di espulsione (C.I.E.), a detrimento del procedimento incentrato sull'intimazione ad abbandonare lo Stato, sia ad una crescente criminalizzazione. La tendenza è nel senso della costruzione di un diritto speciale dei migranti, di una progressiva amministrativizzazione dei diritti fondamentali, della precarizzazione della condizione giuridica dello straniero, di una bagattellizzazione della sua libertà personale²⁷², della legittimazione di un diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale²⁷³.

A ciò va aggiunto l'innalzamento della soglia costituita dai requisiti per essere definiti regolari : dal permesso di soggiorno, alla carta di soggiorno, al contratto di soggiorno.

Ed è, infatti, con la l. n. 40/1998 nota come legge Turco-Napolitano²⁷⁴, che inizia ad essere implementata in maniera massiccia la cd. politica delle quote²⁷⁵.

Essa, infatti, riscrive all'art. 3 i requisiti da rispettare nella gestione delle politiche migratorie. Oltre ai tradizionali controlli sulla non pericolosità dello straniero, che già si fondavano sulla alquanto generica valutazione dell'identità personale e delle qualità morali, dei motivi e della durata del soggiorno, e della verifica di mezzi di sussistenza adeguati, l'ingresso viene subordinato alla capienza dei flussi immigratori annuali o alla presenza di uno *sponsor*. Le quote massime annuali di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato, per

²⁷² A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, p. 83 ss.

²⁷³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, p. 127.

²⁷⁴ Sulla legge Turco – Napolitano, tra gli altri, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 115 ss.

²⁷⁵ Sull'importanza della programmazione delle quote, si veda L. PEPINO, *Una soluzione insoddisfacente dei problemi dell'immigrazione*, cit., p. 1020 : “E’ di tutta evidenza che la quantità diventa qualità, posto che, a seconda delle loro caratteristiche, le quote assumono una funzione stabilizzatrice oppure una funzione promozionale, facendosi così veicolo di chiusura o di apertura delle frontiere”. Inoltre, alla programmazione dei flussi possono essere sottese vere e proprie scelte di politica internazionale, come è dimostrato emblematicamente dall'art. 21 co. 1 t.u. secondo cui “nello stabilire le quote i decreti prevedono restrizioni numeriche all'ingresso di lavoratori di Stati che non collaborano adeguatamente nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione di propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio”.

lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e per lavoro autonomo, andavano calcolate tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea eventualmente disposte a norma dell'articolo 18 (in caso di mancata pubblicazione dei decreti di programmazione annuale, la determinazione delle quote era disciplinata in conformità all'anno precedente). E, tuttavia, la fissazione di una soglia massima d'ingresso²⁷⁶ si rivelava del tutto inefficace, proprio perché possibile solo rispetto a talune tipologie d'ingresso, ossia quelle per motivi di lavoro, sebbene gran parte delle domande di lavoro di migranti nel nostro Paese siano indotte o comunque accompagnate da ragioni umanitarie.

Venne stabilito, inoltre, un nuovo procedimento per l'espulsione, che divenne così a carattere binario : oltre al tradizionale rimpatrio volontario collegato all' intimazione da parte del Prefetto a lasciare il Paese entro 15 giorni, l'art. 11 prevede la possibilità di accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica e su provvedimento del questore, quando lo straniero si fosse trattenuto indebitamente nel territorio dello Stato oltre il termine fissato con l'intimazione, o qualora il prefetto avesse rilevato, sulla base di circostanze obiettive, il concreto pericolo che lo straniero si potesse sottrarre all'esecuzione del provvedimento (a causa dell'assenza di valido documento attestante la sua identità e nazionalità, tenuto conto di circostanze obiettive riguardanti il suo inserimento sociale, familiare e lavorativo).

Tra le novità negative, vi è anche, all' art. 12, la previsione della possibilità di trattenimento degli stranieri in centri d'accoglienza. Si stabilisce, infatti, che - quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il 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, oppure per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo - il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza

²⁷⁶ La quota flussi, essendo un atto di alta amministrazione, sarebbe teoricamente impugnabile davanti al giudice amministrativo; così, L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 60.

più vicino.

Siffatte misure amministrative, dagli effetti parapenali, da sempre sono state impiegate, per così dire, per fare il 'lavoro sporco' (si pensi ai campi nazisti, o per una pratica ancora attuale ai trattamenti sanitari obbligatori); ad esse, quindi, bisogna prestare particolare attenzione. I C.P.T. (oggi C.I.E.) infatti - come si vedrà più approfonditamente nel terzo capitolo - si confermano, a più di vent'anni di distanza, luoghi di violenza e deserto, nei quali non è rintracciabile nulla che abbia a che fare con l'umano²⁷⁷.

In tale contesto complessivo, i pochi aspetti positivi della legge Turco-Napolitano - si pensi alle norme sui ricongiungimenti familiari o all'art. 18 per la protezione e il reinserimento delle persone vittime della tratta²⁷⁸ - sono totalmente oscurati.

Come è noto, al fine di razionalizzare la materia, nel 1998, venne emanato un Testo unico, il d. lgs. n. 286 / 1998, che sopprimeva la normativa precedente alla l. n. 40/1998. Tale Testo unico ha subito continui rimaneggiamenti, di cui il più sostanzioso per effetto della l. n. 189 /2002, cd. legge Bossi-Fini, diventando così di ostica lettura. Anche per questo, probabilmente, è stato proposto un *referendum* abrogativo dell'intero T.u., ma la Corte costituzionale con sent. 7 febbraio 2000 n. 31²⁷⁹ lo ha ritenuto inammissibile sulla base di due ordini di ragioni : essa ha affermato, anzitutto, che nella normativa si rinvengono disposizioni di diversa natura e finalità, rendendo così improponibile un *referendum* abrogativo; in secondo luogo, che la sua abrogazione avrebbe comportato una grave lacuna in materia di immigrazione, specialmente per l'assenza di sanzioni penali nei confronti di coloro che sfruttano il fenomeno dell'immigrazione clandestina.

La novella del 1998 sostanzialmente mantiene invariati i requisiti legittimanti l'ingresso ed il soggiorno (lavoro, turismo, studio, cure mediche, ricongiungimenti, asilo politico e culto²⁸⁰), ed altresì i motivi di espulsione.

²⁷⁷ Nei Lager non c'è più la persona con la sua identità, ma solo una classe diffusa di internati, ove viene negata la singolarità ed il riconoscimento dell'altro : e se non c'è riconoscimento nell'altro di una persona è facile negarne i desideri vitali.

²⁷⁸ E. PUGLIESE, *Immigrazione e politiche migratorie nell'era berlusconiana*, cit.

²⁷⁹ Corte Cost., 07 febbraio 2000, n. 31, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 562 ss.

²⁸⁰ Sulla tipologia e sulla durata dei permessi di soggiorno attualmente previsti, L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 145.

Essa è ispirata ad una logica binaria della politica dei flussi²⁸¹, fondata sull'offerta di integrazione per gli stranieri regolari e sulla marginalizzazione e criminalizzazione di quelli irregolari²⁸². Tra le due opzioni, però, il sistema è indubbiamente squilibrato in senso protezionistico o proibizionistico; molto più trascurato, invece, è il profilo dell'integrazione. In questo sistema, l'irregolarità dello straniero è fissata da soglie legislative di esclusione estremamente labili, ove è facilissimo passare da una condizione all'altra²⁸³. Questa logica definita da taluno idraulica²⁸⁴, già di per sé non condivisibile perché guarda ai soli interessi del Paese d'immigrazione, è comunque viziata dall'impraticabilità dei canali di ingresso regolare, in una realtà in cui peraltro le sanatorie rappresentano l'unico strumento effettivo di regolarizzazione.²⁸⁵

In generale, tutta la politica di controllo delle presenze si presenta ossessiva, ripetendo ininterrottamente l'evocazione del pericolo, della minaccia dell'invasione.²⁸⁶

La l. n. 189 / 2002 (cd. Bossi-Fini)²⁸⁷ ha portato ulteriormente avanti la tendenza a porre la questione immigrazione sul piano dell'ordine pubblico e ad un'ulteriore precarizzazione della condizione del migrante, con un'eccedenza di messaggio politico rispetto alla sostanza normativa²⁸⁸: essa ha introdotto, all'art 5 comma 2 *bis*, l'obbligo di rilievi fotodattiloscopici²⁸⁹ per coloro che richiedono il permesso di soggiorno; ha abrogato la norma sulla reiterazione

²⁸¹ A livello di U.E., il Consiglio europeo di Tampere (1999) ha rappresentato una compiuta espressione di tale politica del doppio binario, risultata totalmente sbilanciata a favore delle misure di contrasto all'irregolarità nel Consiglio di Laeken (2001), di Siviglia (2002), e, seppur in misura minore, in quelli di Salonicco (2003) e di Bruxelles (2004); la svolta repressiva è stata anche parzialmente condizionata dall'attentato dell'11 settembre 2001. In merito, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 146 ss.

²⁸² Sul punto, v. Cons. Stato, sez VI, 22 maggio 2008, n. 2449, secondo cui l'esistenza di una quota flussi è volta ad assicurare agli stranieri regolari un livello minimo di dignità e di diritti.

²⁸³ A. CAPUTO, *Verso una nuova legge sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 450.

²⁸⁴ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 194.

²⁸⁵ A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi – Fini*, in *Quest. Giust.*, 2002, p. 964 ss.

²⁸⁶ G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 119.

²⁸⁷ Sulla Bossi-Fini, tra gli altri, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 125 ss.

²⁸⁸ BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., p. 164.

²⁸⁹ Secondo l'art 2 co. 6 e 7, l. n. 222 del 2002, le impronte digitali degli stranieri, come previsto dalla relazione tecnica al ddl, saranno inserite nel sistema centrale AFIS con quelle dei pregiudicati.

automatica delle quote di ingresso previste per l'anno precedente, in caso di mancata emanazione dei decreti annuali di programmazione; ha eliminato la figura dello *sponsor* e ridimensionato il diritto al ricongiungimento familiare²⁹⁰; ha trasformato in misura ordinaria quella dell'espulsione per mezzo dell'accompagnamento coattivo²⁹¹; ha portato da 30 a 60 giorni il periodo massimo di trattenimento nei C.P.T. (oggi C.I.E.); infine, ha introdotto l'arresto obbligatorio ed il rito direttissimo, per coloro che non adempiano all'ordine di allontanamento del questore.

Dunque, il rimpatrio spontaneo diventa un'ipotesi marginale, mentre l'accompagnamento coattivo è ormai la regola, con possibilità di una sorta di custodia cautelare nei centri di accoglienza fino all'espulsione. Il risultato è un

²⁹⁰ Sul punto, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 13.

²⁹¹ Peraltro, la Corte Costituzionale, in ossequio al principio di inviolabilità della libertà personale, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13 comma 5 *bis* d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, introdotto dall'art. 2 d.l. 4 aprile 2002 n. 51, conv., con modificazioni, in l. 7 giugno 2002 n. 106, 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: "Premesso che l'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica investe la libertà personale ed è quindi misura assistita dalle garanzie previste dall'art. 13 Cost. al pari del trattenimento, il procedimento regolato dall'art. 13 comma 5 *bis*, viola la garanzia contenuta nel comma 3 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, giacché il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria e lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale e senza che nel relativo procedimento sia previsto che lo straniero debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore, il che comporta che, insieme alla libertà personale, è violato anche il diritto di difesa dello straniero" (Corte Cost., 15 luglio 2004, n. 222, in *Giur. cost.*, 2004, 4, p. 2340 ss.). Inoltre, in una pronuncia di poco successiva, ha affermato che "è costituzionalmente illegittimo l'art. 14 comma 5 *quinqües* d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, inserito dal comma 1 dell'art. 13 l. 30 luglio 2002 n. 189, nella parte in cui stabilisce che per il reato previsto dal comma 5 *ter* del medesimo art. 14 (trattenersi senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni) è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto. La misura 'precautelare' prevista dall'art. 14 comma 5 *quinqües* d.lgs. n. 286 del 1998, non essendo finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo, si risolve in una limitazione provvisoria della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi manifestamente irragionevole, con conseguente violazione degli art. 3 e 13 cost.; né la previsione dell'arresto in flagranza per il reato di cui all'art. 14 comma 5 *ter*, costituisce 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 *quinqües* dell'art. 14, che fanno riferimento alle discipline descritte nell'art. 13 commi 4 e 5 *bis*, e nello stesso art. 14 comma 1, operanti a prescindere dal previo arresto dello straniero" (Corte Cost., 15 luglio 2004, n. 223, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4 ss.).

sottosistema di polizia, fondato su mere istanze di difesa sociale e totalmente sganciato dalle garanzie costituzionali.²⁹²

La legge Bossi-Fini, inoltre, ha anche previsto all'art. 5 *bis*, per i permessi di soggiorno giustificati da ragioni di lavoro, l'obbligo di chiamata professionale, cioè il dovere del datore di lavoro, sotto controllo statale, di assicurare preventivamente lavoro e alloggio, oltre al pagamento delle eventuali spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza. La conoscenza dello straniero, da parte del datore di lavoro, può essere diretta o tramite le liste di collocamento di cui all' art. 21 co. 5²⁹³: la subordinazione della possibilità di ingresso nel nostro Paese all' "incontro planetario" tra domanda ed offerta di lavoro, tuttavia, si è rivelata, secondo alcuni studiosi, uno strumento totalmente ineffettivo, che fa emergere la necessità dell'introduzione di un permesso per "la ricerca di lavoro"²⁹⁴.

Ancora, mentre il legislatore del 1998 aveva previsto che il diniego del visto d'ingresso dovesse essere adottato con provvedimento scritto e comunicato unitamente alle modalità d'impugnazione, la legge Bossi-Fini ha previsto una deroga, per cui l'obbligo di motivazione del diniego può venire meno per motivi di sicurezza e ordine pubblico, con evidente lesione del diritto di difesa di cui all'art 24 Cost. e del principio di uguaglianza, art 3 Cost. Una tale modifica non fa altro che accentuare l'assoluta discrezionalità del rilascio del visto, degradando così la posizione soggettiva dello straniero da diritto in un debolissimo interesse legittimo²⁹⁵.

Alla legge Bossi - Fini, hanno fatto seguito i Pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, che hanno introdotto, tra l'altro, l'aggravante della clandestinità ed il reato di clandestinità.

Complessivamente, emerge un diritto penale dell'immigrazione sanzionatorio rispetto alla disciplina amministrativa della stessa, nonché una disciplina amministrativa particolarmente restrittiva, in quanto la condizione di

²⁹² V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 127 ss.

²⁹³ G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La disciplina dell'immigrazione*, cit., p. 28.

²⁹⁴ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 10 ss. : " Rispetto alla regola dell'incontro a livello planetario tra domanda ed offerta di lavoro, solo due istituti – la prestazione di garanzia (cd. *sponsor*) ed il ricongiungimento familiare – assicuravano alla disciplina degli ingressi un certo tasso di flessibilità".

²⁹⁵ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p.109.

regolarità è strettamente dipendente dalla sussistenza di un contratto di lavoro, e non esistono meccanismi stabili di regolarizzazione degli immigrati illegali. Lo straniero viene, in sostanza, considerato criminale perché irregolare, ossia perché ha violato regole amministrative²⁹⁶.

Per quanto riguarda i diritti e le garanzie riconosciute dal T.u.imm. agli immigrati irregolari, queste si rivelano davvero ossificate.

Nonostante l'affermazione di principio contenuta all'art. 2, per cui “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”, poche e minime sono le garanzie effettivamente riconosciute.

Gli artt. 35 co. 3 e 38 t.u. sembrano garantire agli stranieri, anche non regolarmente soggiornanti, assistenza sanitaria e servizio scolastico.

L'art. 38 prevede, in particolare, che i minori stranieri presenti sul territorio siano soggetti all'obbligo scolastico e che ad essi si applichino tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica. L'art. 35 co. 3, invece, stabilisce che ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, anche non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, siano comunque assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e che ad essi siano estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva.

Inoltre, l'art. 44 al comma 1 prevede che “quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione”.

²⁹⁶ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 4.

Poste queste essenziali garanzie minime²⁹⁷, però, esistono numerose altre disposizioni, attinenti ad interessi altrettanto fondamentali, particolarmente problematiche.

All'art. 6 co. 2, l. n 286/1998, infatti, è previsto che “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”. Il Pacchetto sicurezza 2009, dunque, ha cancellato il riferimento agli atti di stato civile e all'accesso ai pubblici servizi, per i quali finora non era richiesta l'esibizione del permesso di soggiorno²⁹⁸: ciò a testimonianza che l'irregolarità è elemento irrilevante solo ai fini delle prestazioni di base.

In sostanza, si contempla la necessità di esibire il permesso di soggiorno per tutti gli altri atti di stato civile, ‘pare’ fatta eccezione per le dichiarazioni di nascita²⁹⁹.

²⁹⁷ Garanzie minime, ma sempre in pericolo, come dimostra la proposta, originariamente contenuta nel d.d.l. 733/2008, di soppressione del divieto di segnalazione dei medici: i medici e il personale sanitario avrebbero potuto segnalare all'autorità competente, ai fini dell'espulsione, gli stranieri senza permesso di soggiorno che si fossero recati presso le strutture ospedaliere. E' di tutta evidenza che l'abolizione del divieto di segnalazione - peraltro in contrasto con l'art. 365 co. 2 c.p. - avrebbe impedito di fatto l'accesso alle prestazioni sanitarie da parte degli immigrati privi di documenti, così sacrificando un loro diritto fondamentale. Inoltre, quello alla salute *ex art. 32 Cost.* è un diritto dell'individuo, ma anche un interesse della collettività e la “marginalizzazione sanitaria” dei cittadini stranieri potrebbe anche comportare aumento di rischi per la salute collettiva. I cittadini stranieri, infatti, per timore di rivolgersi ai presidi ospedalieri, potrebbero involontariamente divenire veicoli di epidemie, con correlativo aumento dell'allarme sociale connesso alla loro presenza sul territorio. Sull'argomento, diffusamente, G. DI CHIARA, *Ghost people. Immigrazione clandestina, tutela della salute e dignità della persona.*, in *Quest. Giust.*, 2009, 4, p. 23 ss.

²⁹⁸ P. M. DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 133.

²⁹⁹ Sul punto, la circolare del Ministero dell'interno-dipartimento per gli affari interni e territoriali, n. 19 del 7 agosto 2009, all'art. 2, ha previsto che “Per lo svolgimento delle attività riguardanti le dichiarazioni di nascita e di riconoscimento di filiazione (registro di nascita - dello stato civile) non devono essere esibiti documenti inerenti al soggiorno trattandosi di dichiarazioni rese, anche a tutela del minore, nell'interesse pubblico, nella certezza delle

Ancora, l'art. 29 t.u., in tema di ricongiungimento familiare, stabilisce che, salvo quanto previsto dall'articolo 29-bis, lo straniero che richiede il ricongiungimento deve dimostrare, tra le altre cose, la disponibilità di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali³⁰⁰. Una richiesta di tal fatta, spesso davvero difficile da adempiere - soprattutto se essa si considera comprensiva del certificato d'agibilità, o dei requisiti dimensionali - , si pone in assoluto contrasto con quanto previsto dagli artt. 30 e 31 Cost. a tutela dell'unità familiare³⁰¹.

Tra l'altro, proprio il diritto all'abitazione ed al lavoro, così come il diritto al voto ed alla partecipazione politica, sono quelli il cui riconoscimento attualmente incontra più ostacoli. Anche la valorizzazione e la protezione dei diritti sociali, ossia la tutela di quelle situazioni legate alla dimensione sociale della persona, quale parte di una trama di rapporti e relazioni determinata dal radicamento, ma che prescinde dall'appartenenza allo Stato nazione, subisce, in taluni ambiti, ancora le difficoltà di scelta di un parametro capace di attestare il grado di effettiva appartenenza alla società³⁰².

Nell'ottica del restringimento dei diritti, è stata particolarmente incisiva la l. n. 94/2009 (cd. Pacchetto sicurezza), che ha introdotto numerose disposizioni con la comune *ratio* di rendere maggiormente difficoltoso il soggiorno in Italia di cittadini irregolari : molte di esse, nonostante l'espresso divieto di cui all'art. 2 del Testo unico, incidono su diritti fondamentali, che per

situazioni di fatto". E, tuttavia, si tratta di una mera circolare; sarebbe necessaria invece una norma di legge.

³⁰⁰ Invece, in relazione ai familiari extracomunitari dei cittadini comunitari costantemente si afferma che "l'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, dev'essere interpretato nel senso che il cittadino di un Paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza, il quale accompagni o raggiunga il detto cittadino dell'Unione, gode delle disposizioni di tale direttiva, a prescindere dal luogo e dalla data del loro matrimonio nonché dalla modalità secondo la quale il detto cittadino di un Paese terzo ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante" (Corte giustizia CE, grande sezione, 25 luglio 2008, n. 127, in *Giust. civ.*, 2008, 11, p. 2317 ss.).

³⁰¹ Sul punto, diffusamente, M. PAGGI, *Osservazioni "a caldo" su alcune modifiche essenziali apportate dalla l. 94/2009 sulla condizione di soggiorno degli immigrati extracomunitari*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4, 2009, p. 149 ss.

³⁰² M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, cit., p. 582 ss.

tali soggetti divengono *pro tempore* e condizionati.

“Il legislatore ha creato un sottosistema legale-amministrativo con disposizioni che, ben al di là di limitarsi a regolare l’esercizio di diritti, dei doveri, e le diverse situazioni amministrative, controllano, reprimono, sanzionano, discriminano ed escludono lo straniero”³⁰³.

Con la l. n. 94/2009, ad esempio, all'articolo 116 comma 1 c.c., sono state aggiunte le seguenti parole : “nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano”; ciò aveva determinato l’introduzione dell’obbligo di esibire il permesso di soggiorno, al fine della celebrazione del matrimonio, anche tra ‘irregolari’ (nonostante ciò non comporti alcun tipo di regolarizzazione). Un diritto fondamentale della persona, e non un diritto derivante da quello di cittadinanza, veniva così subordinato al possesso di un documento che attestasse la regolarità del soggiorno, con evidenti riflessi sui figli nati da quell’unione di fatto. La Corte costituzionale, tuttavia - e ciò conferma quanto prospettato - ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di tale modifica dell’art. 116, comma 1, c.c., rilevando che al legislatore italiano è consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l’ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia. Tali norme, però, devono sempre costituire 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 rientra quello di contrarre matrimonio, discendente dagli art. 2 e 29 Cost., ed espressamente enunciato nell’art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e nell’art. 12 della CEDU ³⁰⁴. In questa ipotesi, tale ragionevolezza è stata ritenuta mancante, sebbene non si possa non sottolineare che la pronuncia della Consulta – che originava da un caso in cui uno solo dei nubendi era uno straniero non

³⁰³ Cfr. H. C. S. GORSKI, *Stati espulsori e semipersone nell’Unione Europea*, cit., p. 67.

³⁰⁴ Corte Cost., 25 luglio 2011, n. 245, in *Guida dir.*, 2011, 33, p. 14 ss. In dottrina, L. TRICOMI, *Illegittimo pretendere il permesso di soggiorno dallo straniero che vuole sposare un’italiana. Le norme interne devono bilanciare i vari interessi ma non toccare il godimento dei diritti fondamentali*, in *Guida dir.*, 2011, 33-34, p. 20 ss.

regolarmente presente nel territorio dello Stato – sembrasse più preoccupata del sacrificio alla libertà individuale del cittadino italiano che intenda coniugarsi con uno straniero, che il contrario³⁰⁵.

Nel Pacchetto sicurezza del 2009 viene poi regolato il fenomeno del cd. *Money Transfer* (art.1 co. 20). In particolare, è previsto che “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 copia del titolo di soggiorno se il soggetto che ordina l’operazione è un cittadino extracomunitario (...). 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 motivazione formale a sostegno dell’emanazione di tale norma è stata quella di evitare il riciclaggio di denaro sporco e il finanziamento di attività criminali o terroristiche straniere : così aprendo la strada, invece, a speculazioni di organizzazioni criminali nostrane!³⁰⁶ Ma è evidente che la disposizione ha una portata maggiore: essa introduce una sorta di obbligo di delazione gravante sugli operatori finanziari. Infatti, è assolutamente noto che l’invio di somme di denaro costituisce una delle principali cause di emigrazione ed è una forma di sostegno economico e sociale essenziale per i Paesi di origine. Colpire la possibilità di effettuare rimesse significa, dunque, mortificare le speranze di troppe persone e non produrrà altro che l’attivarsi di

³⁰⁵ Essa, infatti, ha ritenuto che «sebbene, quindi, la *ratio* della disposizione censurata - proprio alla luce della ricostruzione che ne ha evidenziato il collegamento con le nuove norme sull’acquisto della cittadinanza e, dunque, la loro comune finalizzazione al contrasto dei cosiddetti “matrimoni di comodo” - possa essere effettivamente rinvenuta, come osserva l’Avvocatura dello Stato, nella necessità di “garantire il presidio e la tutela delle frontiere ed il controllo dei flussi migratori”, deve osservarsi come non proporzionato a tale obiettivo si presenti il sacrificio imposto - dal novellato testo dell’art. 116, primo comma, cod. civ. - alla libertà di contrarre matrimonio non solo degli stranieri ma, in definitiva, anche dei cittadini italiani che intendano coniugarsi con i primi. È, infatti, evidente che la limitazione al diritto dello straniero a contrarre matrimonio nel nostro Paese si traduce anche in una compressione del corrispondente diritto del cittadino o della cittadina italiana che tale diritto intende esercitare. Ciò comporta che il bilanciamento tra i vari interessi di rilievo costituzionale coinvolti deve necessariamente tenere anche conto della posizione giuridica di chi intende, del tutto legittimamente, contrarre matrimonio con lo straniero».

³⁰⁶ Sul punto, P. M. DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, cit., p. 130.

circuiti alternativi a quelli leciti.

CAPITOLO II

La disciplina penalistica dell'immigrazione nell'ordinamento italiano

1. I reati di mera presenza. - 1.1. Il reato di immigrazione clandestina. - 1.2. La circostanza aggravante della 'clandestinità'. - 1.3. I reati connessi all'espulsione. - 1.4. L'illecito trattenimento nel territorio dello Stato, la recente direttiva rimpatri e la l. 2 agosto 2011, n. 129. - 2. I reati di falso: il falso nei titoli di soggiorno e le fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali. - 3. La mancata esibizione di documenti. - 4. I reati commessi da terzi. - 4.1. Le ipotesi di favoreggiamento. - 4.2. L'assunzione di lavoratori clandestini.

1. I reati di mera presenza

I reati di *status* sono quelli più emblematici dell'attuale svolta verso un diritto penale d'autore, o nel caso di specie di un 'diritto penale d'autore per discriminazione di cittadinanza o per provenienza geopolitica', dove la ragione d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma, appunto, 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'autore³⁰⁷.

Riprendendo un ragionamento svolto da autorevole dottrina³⁰⁸, può dirsi che si è passati dai primi segni di insofferenza del legislatore per un diritto penale del fatto - con l'introduzione del delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter* t.u. -,

³⁰⁷M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 119.

³⁰⁸M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, op. cit., p. 239 ss.

alla punizione di presunzioni di pericolosità con l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis*, ad un diritto penale d'autore - operante già sul piano delle scelte di criminalizzazione, e non solo del trattamento sanzionatorio - con l'introduzione del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* t.u.

1.1. Il reato di immigrazione clandestina

L'art. 1 co. 16 l. n. 94 / 2009 ha previsto l'introduzione, per la prima volta in Italia, del reato di immigrazione clandestina³⁰⁹ : reato costruito secondo un modello molto simile a quello dell'art. 17 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931³¹⁰.

³⁰⁹A testimonianza dell'annosa disputa sull' introduzione di tale reato, si veda C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari : presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, III, p.227. Purtroppo, norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe, sono presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea (quali la Francia, la Germania, la Grecia, il Regno Unito) : tale argomento, tra gli altri, è stato richiamato nella sent. n. 250/2010 della Corte Costituzionale in senso contrario all'illegittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* t.u. E, tuttavia, vi è chi giustamente rileva che “la legislazione va sempre misurata con il metro della propria legge fondamentale”; così, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 97.

³¹⁰ A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, p. 1201, che riprende F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, *Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Milano, 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 96 e ss.; nonché, A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, cit., p. 9, secondo cui «Non è questa, invero, una novità per la normativa sull'immigrazione. Nel famoso saggio sulle forme di tutela *ante delictum*, Bricola dedicava una lunga nota (in realtà, quasi un paragrafo) alle norme sull'immigrazione contenute nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, chiedendosi come mai 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 all'interrogativo erano di varia natura: la “collocazione di questi istituti in una di quelle zone di confine fra rami diversi del diritto 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 ‘political’ della materia e circa il necessario affidamento di questi provvedimenti a quel potere (esecutivo) che più direttamente interpreta la volontà ‘politica’ dello stato”. A più di trent'anni dalla sua pubblicazione, il saggio di Bricola offre ancora validi spunti per l'analisi della disciplina giuridica dell'immigrazione: l'intreccio tra i diversi rami dell'ordinamento - penale e amministrativo - e la contaminazione, lo svilimento dei rispettivi principi; la politicalità della

La sanzione originariamente proposta in rapporto allo straniero che si introducesse nel territorio dello Stato in violazione delle norme previste dal Testo unico di cui al d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, era quella della reclusione da sei mesi a quattro anni; erano previsti, inoltre, l'obbligatorietà dell'arresto e il rito direttissimo.

La norma originaria, però, in seguito a trasversali critiche d'inefficienza³¹¹, è stata emendata, probabilmente, anche sulla base della valutazione secondo cui comunque la libertà personale dei clandestini si sarebbe potuta comprimere ugualmente ricorrendo ai C.I.E. - in relazione ai quali è stato esteso il possibile periodo di internamento - senza così sovraffollare le carceri. Oltretutto, la sopravvenuta configurazione quale fattispecie contravvenzionale e la natura permanente della condotta di 'soggiorno' permettono, secondo molti, una più facile contestazione a titolo di concorso, doloso o colposo, per il soggetto che agevoli la condotta dello straniero³¹² - anche in assenza del fine di profitto ingiusto di cui al delitto di favoreggiamento³¹³ - con le sole limitazioni della scriminante umanitaria e dell'art. 34 d. lgs. n. 274/2000 sull'improcedibilità per particolare tenuità del fatto³¹⁴. In generale, comunque, anche per lo straniero stesso vi è il rischio che il dolo e la colpevolezza possano essere ravvisati *in re ipsa*, da un lato misconoscendo le ipotesi di errore sul fatto *ex art. 47 co. 3 c.p.* (laddove, ad

materia dell'immigrazione, ossia quella pertinenza al potere esecutivo che si traduce nella centralità del ruolo dell'autorità di polizia e nella conseguente amministrativizzazione dei diritti fondamentali del migrante; la sterilizzazione dell'intervento della giurisdizione e la drastica semplificazione delle procedure. È un esito questo che tradisce la necessaria discontinuità imposta - anche - sul terreno della condizione dello straniero dalla Costituzione e, prima di tutto, dal principio di eguaglianza che, con riguardo ai diritti fondamentali della persona, non ammette distinzioni fondate sulla cittadinanza».

³¹¹ Tra i tanti articoli espressivi della suddetta trasversalità critica, "Onu e Vaticano : no al reato di immigrazione clandestina", ne *Il Sole 24 Ore*, 3 giugno 2008, p. 17.

³¹² Secondo altri, invece, in relazione al reato di ingresso illegale non vi sarebbe spazio alcuno per la configurabilità del concorso di persone, in quanto l'agevolatore - in virtù della clausola di sussidiarietà - risponderrebbe solo del più grave reato di favoreggiamento *ex art. 12 t.u.*; un concorso sarebbe invece immaginabile rispetto al reato di soggiorno illegale; così, M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, in S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 84.

³¹³ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 265.

³¹⁴ Così, L. CORDI, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 351.

esempio, lo straniero sia in possesso di un titolo erroneamente considerato valido), dall'altro restringendo le possibilità applicative del principio della scusabilità dell'ignoranza incolpevole (laddove errori sono molto probabili, data la complessità tecnica della disciplina, i problemi linguistici e la disomogeneità delle prassi e delle interpretazioni giudiziali)³¹⁵.

Qualche Autore ha rilevato che in realtà “dal punto di vista dell'elemento soggettivo, poiché la condizione di irregolarità è determinata, il più delle volte, da circostanze e situazioni non direttamente riferibili allo straniero, si tratterebbe di una disposizione che introduce una particolare forma di responsabilità oggettiva, ormai definitivamente ripudiata dal sistema penale”³¹⁶. A nostro parere, questo rilievo è valido sia per le condotte di ingresso che per quelle di soggiorno. In una prospettiva di valorizzazione dell'elemento soggettivo, è stato altresì affermato che la disposizione - sussidiaria rispetto alle altre fattispecie incriminatrici in tema d'immigrazione - inciderebbe unicamente sulle condotte di volontaria disobbedienza alle norme sul procedimento d'ingresso o di soggiorno, e non sulle situazioni di mera assenza di un requisito per l'ingresso o il soggiorno stesso. Se così non fosse, la norma risulterebbe colpire una condotta irrilevante, nei casi di facile rimediabilità alla mancanza del suddetto requisito, mentre finirebbe con il sovrapporsi, nei casi non risolvibili, all'istituto del respingimento o dell'espulsione.

Ad ogni modo, qualunque sia stata la motivazione che ha indotto il legislatore a trasformare il delitto in contravvenzione, va rilevato che essa denota “l'assenza di una salda convinzione in ordine all'offensività ed al disvalore intrinseco della condotta incriminata, appresa come un bene fungibile variamente punibile a titolo di delitto o di contravvenzione”³¹⁷, con la reclusione o con l'ammenda.

Nel testo definitivo del nuovo art. 10 *bis* t.u., è previsto un reato proprio, di cd. pura creazione legislativa e di pericolo presunto, a più

³¹⁵ Per una più approfondita disamina della questione, L. CORDI, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, cit., p. 364 ss.

³¹⁶ E. DI CAGNO, *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Riv. pen.*, 2010, 7-8, p. 690.

³¹⁷ L. CORDI, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, cit., p. 366.

fattispecie alternative (ingresso e permanenza); dunque, in caso di ingresso illegale, la successiva permanenza sarà irrilevante; viceversa, il soggiorno irregolare presupporrà una regolarità d'ingresso. La scelta della struttura contravvenzionale è probabilmente legata alla struttura del precetto, incentrata sull'inosservanza di discipline amministrative³¹⁸. La disposizione così statuisce : “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68³¹⁹, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro”.

Tali disposizioni espressamente non si applicano - e non sarebbero state comunque applicabili, al di là dell'esplicita previsione in tal senso, per assenza del *Tatbestand* oggettivo, tenuto anche conto dell'inconfigurabilità dell'ipotesi tentata - allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10 comma 1 T. u. imm., ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale; invece, possono riguardare il destinatario di un provvedimento di respingimento differito ai sensi dell'art. 10 co. 2, la cui lett. b) in particolare crea non poche perplessità³²⁰. Tale fattispecie non è applicabile neppure ai destinatari di

³¹⁸ F. SIRACUSANO, *La clandestinità, “condizione” della circostanza aggravante e “condotta” del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, 7-8, p. 2948.

³¹⁹ Disposizione relativa alla disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio, secondo cui “ai sensi dell'articolo 4, comma 4, e dell'articolo 5, comma 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, per l'ingresso in Italia per visite, affari, turismo e studio non è richiesto il permesso di soggiorno qualora la durata del soggiorno stesso sia non superiore a tre mesi. In tali casi si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 2, del medesimo testo unico e il termine di durata per cui è consentito il soggiorno è quello indicato nel visto di ingresso, se richiesto. Al momento dell'ingresso o, in caso di provenienza da Paesi dell'area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, lo straniero dichiara la sua presenza, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno. In caso di inosservanza degli obblighi di cui al comma 2, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, lo straniero è espulso ai sensi dell'articolo 13 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. La medesima sanzione si applica qualora lo straniero, avendo presentato la dichiarazione di cui al comma 2, si sia trattenuto nel territorio dello Stato oltre i tre mesi o il minore termine stabilito nel visto di ingresso”.

³²⁰ Se ne riporta il contenuto, per comodità del lettore : “Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati

provvedimenti di protezione internazionale di cui al d. lgs. n. 251/2007³²¹, ovvero nelle ipotesi di cui all'art. 5 comma 6 T. u. imm., nonché ai beneficiari delle procedure d'emersione ex art. 1 *ter* co. 8 l. n. 102/2009 (per le cd. badanti)³²². L'art. 10 *bis* non è applicabile, inoltre, ai minori : ciò in virtù del principio del superiore interesse del minore sancito da numerose disposizioni che, oltre ad affermare l'inviolabilità dei suoi diritti fondamentali, ne stabiliscono il divieto di espulsione ed il diritto ad un permesso di soggiorno speciale (tra gli altri, gli artt. 19, 31 co. 3, 35, 38 d. lgs. 286 / 1998; 28 d.p.r. n. 394/1999)³²³. La disposizione, infine, non è applicabile nei casi di cui agli artt. 18, 19, 20, 30 co.1, nonché agli stranieri vittima di tratta³²⁴.

Il disvalore penale è dunque interamente determinato dalla violazione di regole amministrative sull'ingresso ed il soggiorno, e “non è agevole comprendere lo scopo della penalizzazione di fattispecie di illecito amministrativo che vengono integralmente conservate”³²⁵. In questa prospettiva, il diritto penale dell'immigrazione diviene un diritto accessorio, indeterminato (poiché si fa riferimento all'intero testo unico e non a specifiche disposizioni), pervasivo ed inefficace : tale apertura sembra, invero, determinata dall'alto tasso di politicità della materia.

all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso”. Cfr., C. FAVILLI, *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero in Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, 4, p. 1116.

³²¹ Sul punto, P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 101, afferma che, qualora le competenti autorità amministrative o giudiziarie riconoscano allo straniero una delle forme del diritto d'asilo (*status* di rifugiato, *status* di protezione sussidiaria, permesso di soggiorno per motivi umanitari), il reato non sussista, ma nel caso di tempestiva presentazione della domanda d'asilo (ossia prima che sia disposto un provvedimento di allontanamento) il procedimento penale neppure debba essere avviato.

³²² L. CORDI, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, cit., pp. 360-361.

³²³ Sulla questione, diffusamente, A. DELLA BELLA, *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, in *Il Corriere del Merito*, 2010, 4, p. 424 ss.

³²⁴ In proposito, dettagliatamente, P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., p. 105 ss.

³²⁵ C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir., imm. citt.*, 2009, 4, p. 39.

Ad ogni modo, tendenzialmente si afferma che i requisiti per l'ingresso regolare - ai sensi dell'art. 4 t.u., pur non espressamente richiamato, essendo stata usata una tecnica di formazione "a doppia fonte o a doppio dettato"³²⁶ - sono il possesso di passaporto valido (non contraffatto o alterato) o documento equipollente e del visto d'ingresso; il passaggio per i valichi di frontiera; il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza; l'assenza di pericolosità³²⁷ e di condanne - anche non definitive - per gravi reati³²⁸; l'assenza di segnalazioni e di pregresse espulsioni.

³²⁶ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 84.

³²⁷ L'art. 5 co. 5 *bis* d. lgs. n. 286/1998, in seguito alle modifiche di cui alla l. n. 94/2009, attualmente prevede che "nel valutare la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone ai fini dell'adozione del provvedimento di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, si tiene conto anche di eventuali condanne per i reati previsti dagli articoli 380, commi 1 e 2, e 407, comma 2, lettera *a*), del codice di procedura penale, ovvero per i reati di cui all'articolo 12, commi 1 e 3". Sul punto, M. PAGGI, *Osservazioni "a caldo" su alcune modifiche essenziali apportate dalla l. 94/2009 sulla condizione di soggiorno degli immigrati extracomunitari*, cit., pp. 146-147, secondo cui l'introduzione del riferimento agli artt. 380 co. 1 e 2 c.p.p. ha "abbassato notevolmente la soglia di gravità delle fattispecie di reato da prendere in considerazione ai fini della valutazione della pericolosità per l'ordine pubblico (non vi è chi non veda, infatti, la differenza abissale, in termini di astratta pericolosità, tra un'associazione di tipo mafioso ed un furto)".

³²⁸ L'art. 4 co. 3 d. lgs. n. 286/1998, in seguito alle modifiche di cui alla l. 94/2009, prevede che "non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite". A ciò va aggiunto che l'art. 5 co. 5, d. lgs. cit., aggiunge che "il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili". Proprio in relazione al combinato disposto di queste due previsioni, G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte*

Invece, solo esemplificativamente, si ritengono integrare il soggiorno irregolare la mancata richiesta di permesso di soggiorno al questore della provincia in cui lo straniero si trova entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato per le attività previste dal visto d'ingresso (art. 5 co. 2 t.u.); il trattenersi sul territorio oltre i 15 giorni dalla comunicazione di rifiuto del permesso di soggiorno (art. 12 d.p.r. n. 394 / 1999), dopo 60 giorni dalla scadenza del permesso senza averne richiesto il rinnovo, o dopo i tre mesi in caso di visto per soggiorno breve; il trattenersi nonostante la revoca, l'annullamento del permesso, il rigetto definitivo della domanda di diritto d'asilo ecc.³²⁹

dalla l. 94/2009, in *Dir., imm. citt.*, 2009, 4, p. 62, rileva che anche una sentenza di appello di assoluzione a questo punto sarebbe *inutiliter data*, poiché nelle more sarà già stato impedito allo straniero di fare ingresso in Italia, ovvero gli sarà stato rifiutato o revocato il permesso di soggiorno. Va, altresì, osservato che il c.d. pacchetto sicurezza 2009 ha anche introdotto, all'art. 4 co. 3, la previsione - simmetrica a quella di cui all'art. 26 co. 7 *bis* sulla revoca del permesso di soggiorno - per cui "impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale". La Corte di Cassazione, nella sua relazione III/09, ha affermato che "quello introdotto dal legislatore sembra poter essere qualificato come un vero e proprio effetto penale della condanna, ancorché destinato ad operare in ambito extra-penale. In proposito va infatti ricordato che nel caso in cui la restrizione non consegua direttamente dalla pronuncia della sentenza di condanna, ma quest'ultima costituisca solo l'occasione per l'adozione di un ulteriore provvedimento da parte di una autorità diversa da quella giudiziaria produttivo di tale effetto, è invece necessario distinguere in ragione della natura di tale provvedimento. Infatti, se quest'ultimo non si limita ad una mera presa d'atto del presupposto (la condanna penale, per l'appunto), ma è espressione di un autonomo potere discrezionale dell'autorità che l'ha adottato, non è più possibile considerare la conseguenza sfavorevole per il condannato un effetto della sentenza penale, piuttosto che un effetto proprio del provvedimento che l'ha determinato (in questo senso v. Sez. Un., 20 aprile 1994, p.m. in proc. Volpe, RV 197537). Quando invece il provvedimento dell'autorità amministrativa consegua alla mera ricognizione della corrispondenza della situazione di fatto alla fattispecie astratta, quello prodotto può effettivamente essere considerato un effetto della sentenza condanna. Appare evidente che l'impedimento dell'ingresso rientri in questa seconda categoria, non essendo rimesso all'autorità che l'adotta alcuno spazio discrezionale di valutazione del presupposto che lo genera. Se dunque si tratta di un effetto penale della condanna per i reati sopra ricordati, la disposizione di nuovo conio non può avere efficacia retroattiva, in quanto norma di sfavore, e può dunque essere applicata solo a coloro che verranno condannati per i suddetti reati dopo l'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009".

³²⁹ Anche qui, molto approfonditamente, P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., p. 109 ss. Ovviamente, in tutte queste ipotesi - così come opportunamente rileva l'Autore -, non è configurabile la condotta di soggiorno irregolare, allorché lo straniero sia in attesa di risposte a domande di rilascio o di rinnovo di permesso, o di concessione di forme di protezione; in caso di

L'art. 10 *bis* t.u., ad un'interpretazione letterale, comporterebbe l'immediata attivazione della procedura di denuncia della commissione del reato di clandestinità, a carico di tutti i soggetti entrati irregolarmente, per poi, eventualmente, sospendere il procedimento di fronte ad una richiesta di asilo.

Dal punto di vista soggettivo, la norma si riferisce agli stranieri extracomunitari; in proposito, si è affermato che l'adesione di nuovi Paesi all'Unione europea, con il conseguente acquisto della condizione di cittadini europei da parte dei relativi abitanti, determinerebbe una mera modificazione della situazione di fatto, inidonea ad operare retroattivamente sul reato già commesso; essa dunque - secondo la Corte di Cassazione - rappresenterebbe una vicenda successiva di norme extrapenali non integratrici del precetto penale, né modificatrici della sanzione, che non farebbe venire meno il disvalore penale del fatto commesso: «Se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, si è rilevato che "la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno il d. lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 *ter*, confidando poi nella successiva *abolitio criminis*"». ³³⁰. L'inquadramento di tali fonti extrapenali nell'ambito dei presupposti fattuali della condotta escluderebbe, così, che la loro modificazione possa fare venire meno il disvalore inerente all'illecito penale precedentemente posto in essere, determinando un' *abolitio criminis* ³³¹.

inespellibilità; qualora sia detenuto o - pendente un processo penale - vi sia diniego del nulla osta ecc.

³³⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 2451, sent. Magera, in *Guida al dir.*, 2008, 9, p. 50; in particolare, la statuizione era relativa alle norme che hanno modificato lo *status* dei cittadini romeni, a seguito dell'ingresso della Romania nell'Ue, in relazione all'art. 14 comma 5 *ter* d.lg. n. 286 del 1998. Conforme, relativamente alla condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, Cass. Pen., sez. I, 11 gennaio 2007, n. 1815, in *Cass. pen.*, 2007, 4, p. 1484.

³³¹ Sull'opportunità della previsione di una sorta di disposizione "transitoria", espressamente rivolta a disciplinare gli effetti penali dell'adesione di ulteriori Paesi all'Unione europea, essendo d'altronde noto come l'Unione avesse sin dall'inizio "calendarizzato" gli ingressi di nuovi Stati al suo interno, M. GAMBARDELLA, *Nuovi cittadini dell'Unione Europea e 'abolitio criminis' parziale dei reati in materia d'immigrazione*, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 909.

E, tuttavia, pare più condivisibile l'opinione di chi ritiene - in virtù del rispetto del principio di uguaglianza - che le modifiche "mediate" delle norme penali incriminatrici vengano regolate dall'art. 2 c.p.³³²; pare altrettanto evidente il venir meno, in queste ipotesi, del disvalore del fatto commesso³³³, che è legato alla programmazione dei flussi di cittadini extracomunitari³³⁴. La clandestinità, infatti, non è un attributo naturale degli immigrati, ma l'effetto di precise politiche migratorie.³³⁵

La norma incriminatrice di cui si discute riguarda solo i casi di primo ingresso illecito nel nostro Paese, o di permanenza illegale prima che sia emanato il provvedimento di espulsione, operando in seguito a quest'ultimo altre disposizioni del Testo Unico³³⁶: essa comprende, da un lato, una fattispecie commissiva di natura istantanea e, dall'altro, una fattispecie omissiva propria di natura permanente³³⁷.

³³² G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2007, p. 94 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale- Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, pp. 89-90.

³³³ A. CAPUTO, *Prime note sulle conseguenze penali dell'ingresso di nuovi Paesi nell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2007, 4, p. 1487, secondo cui «potrebbe risultare assorbente uno specifico profilo della configurazione soggettiva - comunitario/non comunitario - dello straniero favorito dagli autori dei reati di favoreggiamento delle migrazioni illegali; si tratta del profilo afferente alla natura "definitoria" rivestita dalla norma oggetto della modifica "mediata". Al riguardo, infatti, va richiamata la recente pronuncia del giudice di legittimità secondo cui "la disciplina relativa alla successione delle leggi penali (art. 2 c.p.) si applica qualora la disposizione richiamata da una 'norma penale in bianco' sia modificata o abrogata, ovvero nell'ipotesi in cui venga modificata una norma 'definitoria' - ossia una disposizione attraverso la quale il legislatore chiarisce il significato di termini usati in una o più disposizioni incriminatrici, concorrendo a individuare il contenuto del precetto penale (...)". Seguendo questo orientamento, la normativa legislativa che individua i diversi Stati appartenenti all'Unione europea potrebbe assumere carattere 'definitorio' della nozione di straniero di cui agli artt. 1 e 12 t.u. e, in quanto tale, rilevarebbe ai fini dell'applicazione dell'art. 2 c.p.».

³³⁴ Sul punto si veda A. MATERIA, *L'allargamento dell'Unione europea: aspetti penali relativi ai cittadini bulgari e rumeni*, in *Crit. dir.*, 2007, 2, p. 201. L'Autore ritiene che al massimo dovrebbe ritenersi applicabile l'art. 2 co. 5 c.p., ferma eventualmente l'applicazione retroattiva dell'art. 51 c.p., *sub specie* diritto alla libertà di circolazione, o comunque di ulteriori meccanismi ostativi alla applicazione della normativa incompatibile con quella europea (disapplicazione giudiziale o invalidità del titolo esecutivo).

³³⁵ A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale, sicurezza*, in *Quest. Giust.*, 2004, p. 361.

³³⁶ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino : tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANO', Torino, 2009, p. 39.

³³⁷ Così, L. CORDI', *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, cit., p. 355. Sulla compatibilità del carattere permanente del reato con la struttura omissiva propria, M. LA ROSA, "Clandestinità" e controllo di costituzionalità: di nuovo ai blocchi di partenza, in *Il Corr. Mer.*, 2010, 1, pp. 66.

Il reato di ingresso si verifica con il superamento irregolare delle frontiere (via mare, via terra, via aerea ecc.). Invece, il reato di soggiorno - che presuppone un ingresso regolare - si perfeziona non appena si consolida l'illiceità amministrativa, senza che il soggetto possa fare alcunché per non incorrere nel reato (anche qualora abbandonasse il territorio dello Stato, il reato sarebbe già perfezionato)³³⁸. Infatti, manca l'indicazione di un termine entro cui il soggetto è tenuto a compiere l'azione dovuta, elemento invece da ritenersi essenziale nelle fattispecie ove è l'inerzia ad essere penalmente rilevante³³⁹: tale termine - da non sovrapporre peraltro a quelli previsti per la richiesta del titolo abilitativo del soggiorno o per l'allontanamento spontaneo, che attengono alla situazione tipica che deve preesistere alla condotta omissiva in esame e non al limite temporale per la realizzazione dell'azione prescritta - non è ricavabile con lo strumento dell'interpretazione sistematica vista l'eterogeneità e la diversità di natura dei vari criteri legislativamente fissati, né la sua individuazione è delegabile all'organo giudiziario³⁴⁰.

La sanzione, peraltro, appare applicabile - data la natura permanente del reato - anche agli stranieri già illegalmente soggiornanti prima dell'introduzione del reato, purché da allora sia decorso un congruo lasso di tempo³⁴¹.

Sul punto, va osservato che "le stesse statistiche del Ministero dell'Interno dicono che il 64% degli irregolari è rappresentato dai c.d. *overstayers*, cioè da persone entrate regolarmente nel nostro Paese, in base a un titolo legittimo (ad es., un visto turistico o un permesso di soggiorno), e che vi si sono trattenute illegalmente dopo la scadenza del permesso di soggiorno non rinnovato per la perdita del posto di lavoro, come spesso accade, ovvero per la scadenza del visto turistico. Breve: solo uno straniero

³³⁸ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 253.

³³⁹ M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, cit., p. 81.

³⁴⁰ A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 1198.

³⁴¹ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino : tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., p. 40 ss. Sul rischio di una efficacia retroattiva della disposizione, v. G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, cit., p. 108.

irregolare su tre è un vero e proprio clandestino”³⁴². La valutazione circa la maggior frequenza e la più agevole perseguibilità del reato di soggiorno rispetto a quello di ingresso irregolare è confermata da considerazioni sia di ordine fattuale che di tipo giuridico : anzitutto, la non applicazione allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell’articolo 10 comma 1 T. u. imm. riduce l’ambito delle possibili contestazioni di ingresso illegale già di per sé difficili; inoltre, la natura permanente del reato di “soggiorno” agevola l’accertamento di tale tipo di reato³⁴³.

Sul piano dell’efficacia della disposizione, numerose sono le perplessità : infatti, sembra scontato che pressoché nessun immigrato possa essere in grado di pagare l’ammenda, oltretutto non oblationabile *ex art. 10 bis co. 1 t.u.*, e che, di conseguenza, finirà quasi sempre per attivarsi la procedura di espulsione amministrativa in qualità di sanzione sostitutiva *ex art. 16 t.u.*³⁴⁴. Tuttavia, è stato condivisibilmente rilevato che se tale disciplina rende residuale l’applicazione della pena pecuniaria nei confronti dello straniero, lo stesso esito non si produce nei confronti di eventuali concorrenti nel reato; in effetti, nei confronti di questi ultimi la previsione dell’ammenda potrebbe costituire “uno strumento deterrente efficace a stimolare l’atteggiamento di chiusura ed ostilità verso gli stranieri”³⁴⁵.

Ampi dibattiti sono sorti sul carattere obbligatorio o facoltativo di tale sostituzione, soprattutto in virtù delle diverse interpretazioni dell’indicativo

³⁴² G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1, p. 18.

³⁴³ L. CORDI, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, cit., p. 356; nonché, P. PISA, *La repressione dell’immigrazione irregolare: un’espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. Pen. proc.*, 2009, 1S, p. 6.

³⁴⁴ Ai sensi dell’art. 16 co. 1 t.u., “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 per un periodo non inferiore a cinque anni. Le 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”.

³⁴⁵ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011, pp. 384-385.

“applica” all’interno della disposizione di cui all’art. 62 *bis* d. lgs. n. 274/2000³⁴⁶.

Ad ogni modo, paradossalmente questo risulta l’unico caso in cui la pena sostitutiva, applicabile peraltro dal giudice di pace³⁴⁷, si sostanzia in una misura assai più afflittiva della pena principale. Ma tale distorsione risulta consapevolmente prodotta, anzi è stato detto che tale disciplina sembra avere lo scopo di aggirare i limiti posti all’espulsione dalla cd. Direttiva rimpatri³⁴⁸ (n. 2008/115/CE), con cui l’Unione Europea ha voluto limitare, a favore del rimpatrio volontario, il ricorso all’allontanamento coattivo, che resta però consentito quando appunto costituisca una sanzione penale o sia comunque conseguenza di un reato³⁴⁹. Tuttavia, va osservato - sebbene questa sia solo una delle possibili, ed auspicabili, letture - che la suddetta clausola di cui all’art. 2 § 2 lett. b) è stata finora interpretata restrittivamente, escludendo dai reati che ammettono l’espulsione non volontaria quelli che incriminano il fatto in sé della permanenza e dell’ingresso illegale³⁵⁰.

Laddove non si applichi l’art. 16 (ad esempio, nei casi in cui è precluso l’accompagnamento coattivo), lo straniero sarà condannato a pagare l’ammenda e poi espulso con il meccanismo di cui all’art. 13 t.u. In questa ipotesi, la gradualità disegnata dalla direttiva opererà sicuramente, così come nel caso in cui il rimpatrio costituisca una misura collegata in via meramente

³⁴⁶ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 377. L’art. 62 *bis* d. lgs. n. 274/2000 prevede che “nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all’articolo 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”.

³⁴⁷ Sul tema, si veda L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, cit., p. 14 : “E’ stata affidata la competenza per questo reato ai giudici di pace : per diffidenza verso i giudici togati, o peggio perché questa materia, che investe la dignità delle persone e i loro diritti fondamentali, è stata considerata bagattellare”.

³⁴⁸ A tale prospettiva, ha fatto espresso riferimento l’ex Ministro dell’Interno Maroni nell’audizione del 15 ottobre 2008 dinanzi al comitato parlamentare di controllo sull’attuazione dell’accordo di Schengen. Secondo molti, una manovra siffatta potrebbe essere tranquillamente sottoposta a censure di illegittimità sia in sede comunitaria che interna, per violazione dell’art. 117 Cost. In tal senso, L. MASERA, “*Terra bruciata*” *attorno al clandestino : tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., p.36.

³⁴⁹ C. RENOLDI, *Il reato di immigrazione clandestina e la Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2009, 5, pp. 165 - 166.

³⁵⁰ Tra gli altri, G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l’amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il ‘reato di clandestinità’ e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, p. 1333.

eventuale al giudizio penale, ad esempio in caso di espulsione amministrativa che produca il non luogo a procedere³⁵¹.

In caso di espulsione quale sanzione sostitutiva, non vi è alcuna garanzia di controllo giurisdizionale, in quanto - a differenza di quanto previsto dall'art. 13 co. 3 t.u.³⁵² - ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 dell'art. 10 *bis* non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 co. 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. In tal caso, il questore comunicherà solo l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. La funzione reale della pena si realizza, dunque, attraverso la sua non applicazione³⁵³. La sanzione penale assume un ruolo eventuale - in quanto sostanzialmente irrogata in assenza delle condizioni per applicare la sanzione sostitutiva - e subordinato ad un non luogo a procedere in conseguenza di un allontanamento amministrativo³⁵⁴.

Invero, recentemente - ma comunque prima della l. n. 129 del 2 agosto 2011 - era stato affermato che “dal coordinamento del citato art. 10-*bis* con gli artt. 16 e 13, contenente la disciplina dell'espulsione, deve inferirsi che la statuizione dell'espulsione deve essere necessariamente preceduta dalla determinazione della pena pecuniaria, in quanto in caso di nuovo ingresso illegale nel territorio dello Stato la sanzione sostitutiva deve essere revocata e

³⁵¹ E. DI CAGNO, *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 692.

³⁵² Secondo cui “l'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato. Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali. Il questore, ottenuto il nulla osta, provvede all'espulsione con le modalità di cui al comma 4. Il nulla osta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro sette giorni dalla data di ricevimento della richiesta. In attesa della decisione sulla richiesta di nulla osta, il questore può adottare la misura del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea, ai sensi dell'articolo 14”.

³⁵³ M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, cit., p. 22.

³⁵⁴ A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 1202.

deve essere ripristinata la pena sostituita. Inoltre, nella medesima ottica ricostruttiva della normativa, deve ritenersi che il Giudice di pace è tenuto a stabilire anche la durata della misura dell'espulsione in conformità della previsione del d. lgs. n. 286 del 1998, novellato art. 13, comma 14, a norma del quale, salvo che sia diversamente disposto, il divieto opera per un periodo di dieci anni, con la precisazione che nel decreto di espulsione può essere previsto un termine più breve, in ogni caso non inferiore a cinque anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia³⁵⁵.

Sempre sul piano sanzionatorio, va osservato che, secondo l'art. 55 d. lgs. n. 274 / 2000, per i reati di competenza del giudice di pace, la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato si converte, a richiesta del condannato, in lavoro sostitutivo o nell'obbligo di permanenza domiciliare. Entrambe queste opzioni appaiono di difficile attuazione, in considerazione, da un lato, della volontà di espellere lo straniero, dall'altro della tendenziale insussistenza di un domicilio stabile³⁵⁶.

Un ulteriore problema è dato dall'incertezza delle sanzioni, pecuniarie o 'espulsive' che siano; come è stato condivisibilmente rilevato "la mano dura contro l'immigrazione si è ritratta, all'ultimo momento, quando ci si è accorti che erano più di un milione i 'clandestini' indispensabili alla vita delle famiglie: le colf e le badanti. Questi clandestini 'per bene' andavano salvati, il che è avvenuto con una sanatoria-lampo³⁵⁷ che ha consentito la loro regolarizzazione e l'estinzione, a beneficio anche dei capifamiglia datori di lavoro, dei reati previsti dal t.u. in materia di immigrazione, compreso il reato di immigrazione 'clandestina' (...) Peccato che si siano ignorate altre categorie di lavoratori 'per bene': le migliaia di clandestini impiegati in agricoltura, industria, edilizia, che continueranno a vivere ed essere sfruttati nel sommerso: pagati poco e in nero"³⁵⁸.

³⁵⁵ Cass. Pen., sez. I, 7 aprile 2010, n. 16296, in *CED Cass. pen.*, 2010.

³⁵⁶ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 375.

³⁵⁷ Cfr. l'art. 1 *ter* co. 8 e 11 del d.l. n. 78 del 1 luglio 2009, nel testo modificato, in sede di conversione, dalla l. n. 102 del 3 agosto 2009.

³⁵⁸ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., pp. 18-19.

La verità è che nulla muta rispetto alla situazione antecedente alla novella legislativa, se non in riferimento all'obbligo di denuncia, penalmente sanzionato, che ora incombe sui pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio³⁵⁹. Tale obbligo di denuncia va letto nel contesto di un ampliamento, avvenuto con la stessa legge, del novero dei soggetti su cui ricade il dovere di richiedere allo straniero i documenti di soggiorno.³⁶⁰ Si sostiene comunque - condivisibilmente - la necessità di un'interpretazione restrittiva della norma, secondo cui l'obbligo di denuncia vada considerato sussistente solo quando vi siano elementi idonei a fondare, al di là di un semplice sospetto, la conoscenza del fatto costitutivo di reato³⁶¹ (poiché, nei fatti, il pubblico ufficiale non sempre è in grado di ricostruire la posizione di regolarità o meno) : e in ogni

³⁵⁹ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., p 21 : “Morale: si guarderà bene dal richiedere presso gli uffici dello stato civile la registrazione della nascita di un figlio, e persino la registrazione della morte di una persona. Dopo tutto obiettterebbero i nipotini di Carl Schmit, Jakobs in testa, il clandestino è una non persona! Ancora: la prostituta extracomunitaria priva del permesso di soggiorno, per paura di essere denunciata, non si presenterà alle forze dell'ordine o al magistrato per denunciare le violenze fisiche di cui è stata vittima, magari ad opera di un cittadino italiano. E l'operaio, testimone di un infortunio in un cantiere edile, e si sa che gli extracomunitari sono larga parte degli addetti ai lavori edili, terrà per sé quel che ha visto, perché ovviamente avrà paura di andare incontro a una denuncia per il reato di clandestinità. E se quell'operaio ha invece riportato una lesione, fortunatamente potrà recarsi in ospedale senza paura di essere denunciato dai medici, perché all'ultimo momento è stata ritirata la proposta di abrogare la disposizione (art. 35, co. 5 d.lgs. n. 286/1998) che esenta il personale sanitario dall'obbligo di denunciare i clandestini, stabilendo che 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 in casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni, con il cittadino italiano. Difficilmente, tuttavia, il 'clandestino' vittima dell'infortunio sul lavoro coopererà con la polizia e l'autorità giudiziaria per chiarire modalità e cause del suo infortunio, perché, nuovamente, avrà il sacrosanto timore di essere denunciato ed espulso”. Bisogna, oltretutto, rammentare l'applicabilità delle norme in tema di omissione di atti d'ufficio e omissione di soccorso (artt. 328 e 593 c.p.).

³⁶⁰ Come ha rilevato prontamente V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009, p. 15 : “La minaccia di segnalazione all'autorità di situazioni di irregolarità consegue non tanto alla previsione del nuovo reato, quanto ad altre disposizioni della legge, che si riferiscono alla necessità di esibire il permesso di soggiorno per accedere al matrimonio o ad altri atti dello stato civile, o all'obbligo di segnalazione da parte delle agenzie di trasferimento di denaro all'estero”.

³⁶¹ Cass. Pen., sez. V, 4 aprile 2008, n. 26081, in *Cass. pen.*, 2009, 12, p. 4734 ss. : “L'omissione o il ritardo del pubblico ufficiale nel denunciare i fatti di reato idonei ad integrare il delitto di cui all'art. 361 c.p. si verifica solo quando il p.u. sia in grado di individuare, con sicurezza, gli elementi di un reato, mentre, qualora egli abbia il semplice sospetto di una possibile futura attività illecita, deve, ricorrendone le condizioni, semplicemente adoperarsi per impedire l'eventuale commissione del reato ma non è tenuto a presentare denuncia”.

caso, in via generale, la doverosità di tale obbligo dovrebbe essere bilanciata con gli interessi che lo straniero intende soddisfare³⁶².

Terminati i problematici aspetti ricostruttivi, e messa in luce la palese inefficacia della previsione, bisogna concentrarsi sui molteplici profili di incostituzionalità che investono la fattispecie, che peraltro appaiono fondamentali e prioritari, a nostro parere, al fine di invocarne un superamento.

Se ne tratteggerà velocemente qualcuno, prima di esaminare la sentenza Corte Cost. n. 250 / 2010.

L'art. 10 *bis* t.u. appare anzitutto in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., poiché viola il principio di uguaglianza, la garanzia del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo e i doveri di solidarietà, in quanto fa assurgere una condizione sociale e personale di povertà e di svantaggio 'geopolitico' a fatto penalmente rilevante, con conseguente sacrificio della libertà personale e/o sottoposizione a trattamenti amministrativi gravemente afflittivi; ciò determina una lesione del diritto al libero sviluppo della personalità e dunque della dignità umana.

Un altro profilo di contrasto con l'art. 3 è riscontrabile sotto il profilo sanzionatorio, in quanto "l'espressa esclusione dell'oblazione (e della conseguente possibilità di estinguere il reato), benché il reato di clandestinità costituisca una contravvenzione punita con la sola ammenda, determina una disciplina palesemente discriminatoria: per tutte le altre contravvenzioni punite con la sola ammenda, infatti, è ammessa l'oblazione (art. 162 c.p.); e lo è persino per le contravvenzioni più gravi quelle punite alternativamente con l'arresto e l'ammenda (art. 162-*bis* c.p.). Si affaccia così nuovamente il volto del nemico, da combattere con ogni mezzo: anche urtando frontalmente con la Costituzione"³⁶³. Peraltro, neanche la sospensione condizionale della pena - ai

³⁶² M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 263 ss. Da più parti, tra gli effetti collaterali dell'art. 10 *bis*, è stato altresì rilevato quello di compromissione - a causa dell'impossibilità di identificazione delle vittime di altri gravi reati, qualora siano stranieri entrati o risiedenti irregolarmente - delle strategie internazionali di "prevention, protection, prosecution".

³⁶³ Così. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., p. 22. Motiva la non oblazionabilità, in considerazione della natura permanente del reato, M. CICALA, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 4, p. 403 : "Non ha senso oblazionare l'illecito commesso quando esso si protrae".

sensi dell'art. 60 d. lgs. n. 274/2000 - è applicabile alle pene irrogate dal giudice di pace. Analogamente, in virtù dell'art. 2 lett. g) d. lgs. cit., non potrà aver luogo l'applicazione della pena su richiesta delle parti³⁶⁴.

Risulta violato, ancora, l'art. 25 co. 2 Cost., insieme agli altri principi che concorrono a fondare il rango costituzionale del principio di offensività - artt. 2, 3, 13, 27 co.1 e 3 Cost. - in quanto la nuova incriminazione ha ad oggetto una particolare condizione di precarietà personale e sociale, ossia quella di "clandestino", e non la commissione di un fatto offensivo di beni giuridici. La condotta, infatti, in tali casi, pur potendo oggettivamente sussistere, è meramente espressiva di uno *status* soggettivo, e non concretamente, né attualmente lesiva o pericolosa per beni giuridici³⁶⁵. Le garanzie poste dall'art. 25 co. 2 Cost. sono, inoltre, frustrate dall'indeterminatezza della norma: essa, infatti, ha una funzione meramente sanzionatoria di un intero, onnicomprensivo complesso di norme, dal momento che l'art. 10 *bis* t.u. fa riferimento all'ingresso o al soggiorno "in violazione delle disposizioni del presente testo unico"; inoltre, l'art. 10 *bis* t.u. non prevede un termine di adempimento degli obblighi prescritti in relazione alla condotta di soggiorno irregolare.

Ad apparire violato è altresì l'art. 27 co. 1 Cost., laddove, in contrasto con il principio della responsabilità penale personale, non viene assicurata la conoscibilità della situazione di clandestinità sopravvenuta (come, invece, avviene ad esempio in rapporto all'art. 14 co. 5 *ter* t.u.), né è previsto che essa sia attestata o rilevata da un provvedimento dell'autorità³⁶⁶. Sono, dunque, frequenti le ipotesi di ignoranza od errore sulla normativa in materia di immigrazione, che possono rilevare, a seconda delle diverse letture, *ex art. 47 co. 3 c.p. o 5 c.p.*

Ancora, il principio di personalità della responsabilità penale "avrebbe almeno imposto l'inserimento di un limite il giustificato motivo che la Corte Costituzionale, già nel 2004, aveva considerato come limite minimo per

³⁶⁴ Appare altresì incompatibile con questo reato l'istituto dell' "estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie" *ex art. 35 d. lgs. n. 274/2000*.

³⁶⁵ Cfr. *supra*, nota 98.

³⁶⁶ P. PALERMO, *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Riv. Pen.*, 2010, 9, p. 821.

incriminare la presenza nel territorio dello Stato di extracomunitari irregolari, (...) limite indispensabile perché evoca tutte le situazioni nelle quali è inesigibile il rispetto della legge³⁶⁷.

Sul piano delle conseguenze sanzionatorie, risulta violato il finalismo rieducativo di cui all'art.27 co.3 Cost., in presenza di una pena pecuniaria sproporzionata (che può divenire, in caso di insolvibilità o di sostituzione della pena, fortemente limitativa della libertà personale) del tutto inidonea a realizzare finalità di reinserimento sociale.

La pena pecuniaria prevista per il mero ingresso o soggiorno irregolare non rappresenta di certo un'offerta di aiuto finalizzata a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'inserimento sociale dell'individuo e il rispetto delle leggi da parte sua³⁶⁸. E chiaramente orientata in senso opposto alla finalità rieducativa è la misura sostitutiva dell'espulsione.

Neanche la funzionalità della sanzione prevista in chiave di mera deterrenza - comunque poco compatibile con il dettato costituzionale - appare credibile: non saranno infatti una pena pecuniaria o la minaccia di misure detentive o paradetentive, già in precedenza adottabili, ad indurre i migranti a non lasciare i propri Paesi d'origine³⁶⁹. Ed, infatti, nel 2006, meno del 3% di migranti ha rispettato l'ordine di allontanamento del questore, la cui inottemperanza allora era addirittura punita - *ex art. 14 co. 5 ter t.u.*- con la reclusione³⁷⁰.

Si rinunzia, dunque, alla realizzazione della finalità di integrazione sociale della pena, comprensiva delle specie della prevenzione generale e speciale positiva³⁷¹. E si rinunzia altresì a riconoscere l'importanza del dato per cui un diritto penale umano, concreto e razionale deve necessariamente tener

³⁶⁷ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., p. 22.

³⁶⁸ G. FIANDACA, *sub art 27 3° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna- Roma, 1991, p. 223 ss.

³⁶⁹ A. GAMBERINI – M. SFORZI, *Il reato di immigrazione illegale*, in *Studi e materiali di diritto penale*, 2009, 1, p. 116.

³⁷⁰ Per questi dati, G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1331.

³⁷¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 109.

conto delle strutture socio-politiche che condizionano la condotta del reo: l'incidenza di fattori esterni all'agente fa sorgere, infatti, accanto alla responsabilità del singolo per il suo fatto, la corresponsabilità della società.³⁷²

L'art. 10 *bis* co. 4 e 5³⁷³ appare pure lesivo dell'art. 27 Cost. *sub specie* presunzione di non colpevolezza, del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., nonché dei principi della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.). Infatti, la previsione per cui “ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non sia richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato”, nonché quella secondo cui “il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere”, comportano la negazione, nei confronti dello straniero, del diritto al processo ed all'accertamento della sua responsabilità.

La norma, ancora, risulta in contrasto con i principi di ragionevolezza, di sussidiarietà e di buon andamento dei pubblici uffici di cui agli artt. 3 e 97 co. 1 Cost. e con il divieto di *ne bis in idem*, in quanto persegue una finalità già completamente realizzabile tramite la procedura di espulsione amministrativa; proprio sotto quest'ultimo profilo, è evidente altresì la lesione del principio di effettività (artt. 2, 3, 13 e 27 co. 3 Cost.) data la superfluità, l'inidoneità ed addirittura la dannosità dell'intervento penale in queste ipotesi.

Simili, ed ulteriori, questioni di legittimità sono state prontamente rilevate da diversi Tribunali e Giudici di pace³⁷⁴, ma hanno trovato meno

³⁷² S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 108.

³⁷³ Secondo cui, “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'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale”.

³⁷⁴ Sulle varie ordinanze di remissione, tra gli altri, P. DI BARI, *La difficile tenuta costituzionale del nuovo reato di c.d. clandestinità alla prova della giurisprudenza*, in *Dir. Imm. citt.*, 2010, 1, p. 116 ss.

fortuna di quelle inerenti all'aggravante di cui all' art. 61 co. 11 *bis* c.p., essendo state ritenute non fondate dalla Corte Costituzionale, con la sent. n. 250 / 2010³⁷⁵.

Pare condivisibile l'opinione di chi ritiene che data la fase di scontro politico-istituzionale, la Corte abbia preferito tenere un atteggiamento - non accettabile - di *Realpolitik* salvando la fattispecie di minore impatto reale (a confronto con l'aggravante della clandestinità)³⁷⁶.

La Corte Costituzionale, anzitutto, distingue censure relative a specifiche articolazioni della disciplina del reato *ex art. 10 bis* e censure inerenti alla scelta di penalizzazione in sé³⁷⁷.

La Corte rileva che la pena dell'ammenda, applicabile nei casi di mancata esecuzione (o eseguibilità immediata) dell'espulsione, presenta una ridotta capacità dissuasiva, a fronte della condizione di insolvibilità in cui assai spesso versa il migrante irregolare e della difficoltà di convertire la pena rimasta ineseguita in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 del d.lgs. n. 274 del 2000), stante la situazione personale del condannato, spesso privo di fissa dimora e che, comunque, non può risiedere legalmente in Italia. Tuttavia, essa ripropone il *leit motiv* della discrezionalità del legislatore, sindacabile solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie³⁷⁸. Sin da subito, è evidente il cambio di rotta della Consulta : mentre nella sent. n. 249 del 2010, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità sottoponendola ad un più stringente "vaglio positivo di ragionevolezza", qui il limite è quello della "arbitrarietà o non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa"³⁷⁹. In tale modo, pare che la Corte abbia voluto facilitare l'onere argomentativo di una pronuncia il cui esito era segnato *ab initio*. Peraltro, proprio tale premessa

³⁷⁵ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3030 ss.

³⁷⁶ G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, cit., p. 110.

³⁷⁷ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3049. A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 1195.

³⁷⁸ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3049.

³⁷⁹ G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, cit., p. 99.

ha determinato riflessioni sul rapporto tra discrezionalità legislativa e controllo giudiziale : secondo taluni Autori, sarebbe infatti opportuno che la Corte si assumesse il compito di vagliare la legittimità costituzionale delle norme secondo i parametri di idoneità, di necessità, di frammentarietà e di proporzione, rendendo così giustiziabile - tra l'altro - anche il principio di *extrema ratio*³⁸⁰.

La Corte Costituzionale ha poi precisato, per quanto riguarda il rispetto del principio di materialità, che, nel caso di specie, oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti; ed infatti, "la condizione di cosiddetta 'clandestinità' non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita"³⁸¹. Tale affermazione si pone sostanzialmente - non formalmente, in quanto la Corte spiega le ragioni del differente argomentare - in contrasto con la sentenza n. 78/2007 esaminata nel primo capitolo, nonché con la sent. n. 249/2010, poiché se è irragionevole aggravare la pena al clandestino non essendo detto *status* indice di una maggiore pericolosità sociale, non si riesce a comprendere come possa detto *status* fondare un'autonoma incriminazione. Essa legittima l'avvenuto passaggio da un 'diritto penale del fatto' ad un 'diritto penale d'autore', che addirittura con l'art. 10 *bis* t.u. si afferma già sul piano delle scelte di criminalizzazione, e non solo su quello del trattamento sanzionatorio : è il precetto stesso, infatti, ad indicare tale cambiamento³⁸².

Secondo alcuni Autori - a differenza di altri settori dell'ordinamento ove pur esistono contravvenzioni che sanzionano la violazione di discipline amministrative (argomentazione usata dalla Corte a sostegno della propria

³⁸⁰ F. VIGANO', *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, pp. 20 ss. Secondo l'Autore, l'art. 10 *bis* sarebbe non solo ineffettivo - e quindi inidoneo - rispetto allo scopo, ma altresì sproporzionato soprattutto in ragione dei suoi effetti collaterali. Lo stesso Autore, dunque, rileva che il pur legittimo scopo di tutela del controllo dei flussi migratori vada soddisfatto in altro modo.

³⁸¹ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3050. Condivide questa linea interpretativa, M. CICALA, *Il reato di immigrazione clandestina*, cit., p. 403, secondo cui "la norma incriminatrice non penalizza uno *status*, bensì un comportamento volontario del soggetto, che si occulta proprio perché cosciente di violare le regole dello Stato nel cui territorio intende vivere".

³⁸² M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, cit., p. 19.

scelta) - qui non sussistono specifiche condotte idonee a mettere in pericolo beni giuridici pur distanti, ma è la sola presenza dello straniero ad essere considerata pericolosa per quei beni. Il risultato quindi è che solo formalmente si punisce una condotta contraria alla legge, ma al di là delle apparenze si colpisce una condizione esistenziale³⁸³. Il *deficit* sarebbe dunque da rintracciare già sul piano della materialità.

Altri Autori, invece, hanno ritenuto coerente il suesposto ragionamento della Corte rispetto alla fattispecie commissiva d'ingresso, ma non rispetto a quella omissiva di soggiorno : ciò anche in ragione di un riconoscimento di un disvalore diverso delle due condotte³⁸⁴.

E, tuttavia, pare condivisibile la posizione di chi ha rilevato che “il dibattito sulla questione se venga punito un modo di essere o un fatto dell’immigrato risulta fuorviante, perché confonde i principi di materialità ed offensività. Entrare nel territorio dello Stato, permanervi in modo irregolare, non allontanarsene, possono considerarsi condotte commissive od omissive, ed in quanto tali soddisfano il principio di materialità, giacché non si punisce la mera *cogitatio* o il modo interiore di essere di una persona; ma il punto è un altro, e cioè che quelle condotte non ledono né pongono in pericolo alcun bene penalmente tutelabile e, quindi, punirle contrasta con il principio di offensività, di riconosciuto rango costituzionale”³⁸⁵. Ovviamente, “le prestazioni del principio di offensività dipendono dal parametro alla stregua del quale sono valutate le norme incriminatrici; pertanto, se si individua quale parametro del giudizio di offensività un bene giuridico estremamente volatilizzato, affetto da gigantismo, e privo di connotati selettivi, il principio di offensività viene

³⁸³ Così L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, p. 49. L'Autore, tuttavia, non disconosce che - sotto il profilo dell'offensività - sussista una differenza tra aggravante e reato autonomo, in quanto per l'aggravante il rispetto del principio di offensività andrebbe verificato in relazione all'interesse tutelato dalla fattispecie base (ed è indubitabile che la clandestinità non costituisca un *surplus* di offesa); nel caso del reato *ex art. 10 bis*, invece, più plausibile risulta l'argomentazione della Corte sul punto della lesività del bene 'controllo delle frontiere'.

³⁸⁴ Su quest'ultimo punto, v. M. LA ROSA, “*Clandestinità*” e controllo di costituzionalità: di nuovo ai blocchi di partenza, cit., p. 64.

³⁸⁵ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 10.

svuotato del contenuto che lo caratterizza³⁸⁶ : questo è quello che - come si vedrà - accade in questo caso.

La Consulta ha escluso la lesione del principio di offensività, negando di essere in presenza di un reato di mera disobbedienza, non offensivo, neanche nella forma della messa in pericolo, di alcun bene giuridico meritevole di tutela³⁸⁷. Essa ha, infatti, identificato il bene giuridico protetto nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, a sua volta funzionale alla tutela di ulteriori "beni", ossia la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione : "vincoli e politica che sono il frutto di valutazioni attinenti alla sostenibilità socio-economica del fenomeno"³⁸⁸. L'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. E, tuttavia, "quella della regolamentazione, del controllo, della gestione dei flussi è un'opzione normativa, la *ratio* dell'intera disciplina amministrativa e non un bene giuridico, né finale, né strumentale. Bene giuridico è l'oggetto che si vuol tutelare con le regole, non le regole stesse. Un tale modo di intendere il bene giuridico ne cancella ogni funzione di critica della legislazione, elevando a lesione del bene la mera disobbedienza alle regole"³⁸⁹. Oltretutto, pur a ritenere ammissibile la tutela di un siffatto interesse, andrebbe sempre valutata la distanza della condotta tipica rispetto ai beni finali che si vogliono salvaguardare (la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico ecc.), il suo grado di prossimità all'offesa; in quest'ipotesi, la comprovata lontananza della

³⁸⁶ G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, cit., p. 103.

³⁸⁷ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3050. Condivide tale posizione. G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit. p. 1334. L'Autore ritiene che una declaratoria d'incostituzionalità della norma sarebbe dovuta passare invece per la violazione del principio di sussidiarietà.

³⁸⁸ G. PASSARELLI, *L'immigrazione clandestina e le insidie del diritto penale d'autore al vaglio del giudice delle leggi*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, cit., p. 584.

³⁸⁹ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 10.

condotta tipica rispetto ai beni finali determinerebbe comunque una lesione del principio di offensività³⁹⁰.

Ancora, la Corte non ravvisa sovrapposibilità, ma mera complementarità, con lo strumento dell'espulsione amministrativa, giudicando quest'ultima in un largo numero di casi non attuabile da parte della pubblica amministrazione³⁹¹: ma con tale affermazione la Corte conferma che il reato si pone a presidio dell'inefficienza della pubblica amministrazione; e forse alla base vi è l'incomprensione dell'idea di sussidiarietà dell'intervento penale, che implica l'inadeguatezza teorica e logica del rimedio civile o amministrativo, non l'incapacità concreta e specifica dello Stato!³⁹² Inoltre, la Corte afferma che l'art. 97 sarebbe invocabile solo per quanto attiene all'organizzazione e al funzionamento degli uffici giudiziari, e non all'attività giurisdizionale in senso stretto. E, tuttavia, in proposito, è stato rilevato che “un sovraccarico inutile di procedimenti penali, per fatti comunque regolati dalla disciplina amministrativa, incide comunque sulla efficienza del funzionamento di questi uffici”³⁹³.

A nostro parere, è condivisibile l'opinione di chi ritiene trattarsi “di un'incriminazione che si sovrappone in tutto e per tutto con la disciplina amministrativa: i fatti che integrano il reato di clandestinità, infatti, costituiscono ad un tempo violazioni della disciplina amministrativa sull'ingresso e il soggiorno dello straniero nello Stato, sanzionate con l'espulsione disposta dal prefetto. Se l'autorità amministrativa procede all'espulsione del clandestino, il procedimento penale si chiude con una sentenza di non luogo a procedere; se invece il giudice penale pronuncia

³⁹⁰A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 1199.

³⁹¹Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3057. La logica sottesa all'intervento legislativo risulta in realtà pienamente coerente con un puro diritto penale dell'esclusione. In merito si legga DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 131: “il tipo di diritto penale che abbiamo di fronte, invero, riconosce l'inadeguatezza della pena di fronte all'espulsione, e tuttavia punisce quando non può espellere, ed espelle dopo la pena eseguita. E dunque è un diritto penale dell'esclusione puro, perché ammette che la pena non può tendere alla risocializzazione o alla rieducazione, ma già in partenza è la premessa di una successiva espulsione”.

³⁹²E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 400.

³⁹³M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 258.

sentenza di condanna alla pena dell'ammenda - ciò che è possibile solo quando lo straniero ancora non è stato espulso in via amministrativa - quella condanna non preclude la successiva espulsione da parte del Prefetto. D'altra parte, ancora, la legge consente al giudice penale di sostituire l'ammenda con l'espulsione (art. 16 d.lgs. n. 286/1998), qualora sia possibile eseguirla, sempre da parte dell'autorità amministrativa, mediante accompagnamento coattivo alla frontiera. Breve: la vera sanzione per l'immigrazione clandestina era e resta l'espulsione dal territorio dello Stato: un risultato già conseguibile in via amministrativa, prima dell'introduzione del famigerato reato di clandestinità³⁹⁴.

La Consulta non ha ritenuto lesa neanche l'art. 2 Cost., in quanto, testualmente, “le ragioni della solidarietà trovano espressione – oltre che nella ricordata disciplina dei divieti di espulsione e di respingimento e del ricongiungimento familiare – nell'applicabilità, allo straniero irregolare, della normativa sul soccorso al rifugiato e la protezione internazionale, di cui al d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251”³⁹⁵.

Va evidenziato, infine, che, seppur in maniera fugace, la Corte Costituzionale, riguardo alla violazione dell'art. 117 Cost., ha affermato che, al di là del fatto che al momento della pronuncia non fossero ancora scaduti i termini per adempiere alla direttiva n. 2008/115/CE, “(..) detto 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. n. 286 del 1998): norme diverse, dunque, da quella impugnata”. Sul punto, - come si vedrà in seguito nell'affrontare le nuove censure di costituzionalità mosse all'incriminazione in esame - è stato tuttavia rilevato che il termine di adeguamento costituisce solo il termine ultimo entro cui dare esecuzione alla direttiva, che però una volta pubblicata è già in vigore : la sua

³⁹⁴G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., p. 20.

³⁹⁵Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3055.

vigenza quindi imporrebbe al legislatore interno di non apportare modifiche in contrasto con il suo contenuto (cd. obbligo di fedeltà)³⁹⁶.

Veniamo adesso alle censure relative a specifiche articolazioni della disciplina del reato *ex art. 10 bis*, che tuttavia - secondo chi scrive - non avrebbero dovuto essere esaminate in maniera autonoma e slegata da quelle relative alla struttura ed alla legittimità complessiva del reato di immigrazione clandestina, in quanto avrebbero potuto contribuire ad una totale declaratoria di illegittimità costituzionale dello stesso.

La Corte non affronta, perché non la reputa rilevante nel caso di specie - non risultando che l'imputato sia stato effettivamente espulso o respinto - la pur validissima censura di violazione degli artt. 3 e 27 Cost. da parte dell'art. 10-*bis* co. 5, secondo cui il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere allorché abbia notizia dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione amministrativa dell'autore del fatto o del suo respingimento ai sensi dell'art. 10 co. 2 t.u.³⁹⁷ Secondo l'opinione del remittente, a nostro parere assolutamente condivisibile, la violazione costituzionale sarebbe determinata dal fatto che la disposizione fa dipendere l'applicazione o meno della pena, per il reato in esame, dall'operato dell'autorità amministrativa. Non risulta, oltretutto, comprensibile la ragione della ritenuta irrilevanza della questione, in quanto l'irragionevolezza della scelta di subordinare l'inflizione della pena a circostanze estrinseche ed indipendenti dalla condotta dell'imputato emerge e può emergere nella prassi applicativa anche - se non addirittura soltanto - nei casi in cui l'imputato non sia stato espulso o respinto.

Inammissibile è giudicata anche la questione sollevata relativamente alla violazione dell'art. 3 Cost., in ragione del divieto di concessione della

³⁹⁶L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, cit., p. 50.

³⁹⁷ Va osservato che, ai sensi dell'art. 345 c.p.p., "il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione". Nel caso in cui, invece, in pendenza della sanzione sostitutiva dell'espulsione lo straniero faccia rientro in Italia si applicherà l'art. 13 co. 13 *bis* t.u.

sospensione condizionale della pena; sul punto, la Corte afferma che “la preclusione della sospensione condizionale non scaturisce, infatti, neppure essa dall'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, quanto piuttosto dalla nuova lettera s-*bis*) dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 274 del 2000, che attribuisce la competenza per il reato in esame al giudice di pace, rendendo così operante il disposto dell'art. 60 del medesimo decreto legislativo: norme non sottoposte a scrutinio”³⁹⁸.

Un ulteriore principio ribadito dalla Corte è quello della non indispensabilità della clausola del “senza giustificato motivo” nella formula descrittiva dell'illecito. Secondo la Corte, la mancanza del richiamo a tale clausola non impedisce, infatti, che le esimenti generali trovino comunque applicazione, risultando così rispettato l'art. 27 co. 1 Cost. e realizzandosi, dunque, la conformità della norma al principio di colpevolezza³⁹⁹. Fuori discussione, infatti, sarebbe l'applicabilità anche al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato delle scriminanti comuni - e, in particolare, di quella dello stato di necessità (art. 54 c.p.) - come pure delle cause di esclusione della colpevolezza, ivi compresa l'ignoranza inevitabile della legge penale, ad esempio legata alla mancanza di comprensione della lingua italiana. A dire della Corte, con particolare riguardo, poi, alla figura dell'illecito trattenimento - cui è circoscritto il quesito di costituzionalità - “rimane, altresì, operante il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie. In rapporto a tali fattispecie, difatti, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude – secondo una diffusa opinione – la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione”⁴⁰⁰.

E ancora, “la scelta del legislatore di riconoscere efficacia giustificativa, per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal

³⁹⁸ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3062.

³⁹⁹ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3059.

⁴⁰⁰ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3060.

questore, a situazioni ostative diverse dalle esimenti di carattere generale⁴⁰¹, trova fondamento nella peculiarità di tale forma di espulsione, la cui esecuzione è affidata allo straniero medesimo, e la cui adozione è consentita solo quando non sia possibile l'accompagnamento alla frontiera, eventualmente preceduto dal trattenimento dell'interessato in un centro di identificazione e di espulsione". Secondo la Consulta «rispetto alla contravvenzione in questione è, d'altra parte, rinvenibile un diverso strumento di "moderazione" dell'intervento sanzionatorio, non operante in rapporto alla fattispecie criminosa posta a confronto. Si tratta, in specie, del già ricordato istituto della improcedibilità per particolare tenuità del fatto»⁴⁰².

Tuttavia, anzitutto, la Corte finisce con lo svilire l'affinità strutturale dei reati posti in comparazione (appunto quelli di cui agli artt. 14 co. 5 *ter* e 10 *bis*), e l'identità - nelle due fattispecie omissive - dell'azione prescritta, rappresentata dall'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato⁴⁰³. Inoltre, essa non considera che in entrambe le ipotesi il fatto sembrerebbe mancare di offensività. E, considerato che un fatto non offensivo non è tipico, appare inutile l'indagine sull'esiguità del disvalore del fatto; infatti, non si può certo affermare che l'indagine sull'esiguità del disvalore di un fatto tipico preceda quella sull'offensività. D'altronde, l'istituto della particolare tenuità del fatto - per il quale 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'imputato⁴⁰⁴ - sarebbe

⁴⁰¹ Peraltro, tra le condizioni di inesigibilità vi sarebbe, ad esempio, l'impossidenza dello straniero che non gli consenta di acquistare il biglietto (Cass. Pen., sez. I, 8 maggio 2009, n. 23812, in *Guida al dir.*, 2009, 31, 89) : ipotesi che secondo taluni Autori non rientrerebbe nelle esimenti comuni (cfr. G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1333).

⁴⁰² Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3061.

⁴⁰³ A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 1196.

⁴⁰⁴ Indici normativi che la giurisprudenza tendenzialmente esige siano concorrenti; così, Cass. Pen., 10 luglio 2008, n. 38004, in *Guida al dir.*, 2008, 45, p. 82; cfr., altresì, Cass. Pen., sez.

difficilmente apprezzabile, in particolare in riferimento all'indice della esiguità del danno, in relazione ad un reato di pericolo presunto rispetto ad un bene affatto afferrabile⁴⁰⁵.

Un'ultima censura, infine, riguardava la violazione dell'art. 24 co. 2 Cost., giacché, “in mancanza di una disciplina transitoria, la nuova incriminazione avrebbe costretto tutti gli stranieri irregolarmente presenti in Italia al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009 ad uscire clandestinamente dall'Italia per non autodenunciarsi, in contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*, costituente espressione del diritto di difesa. Inoltre, l'art. 24, secondo comma, Cost. sarebbe leso anche per una diversa ragione: lo straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato che intenda adempiere l'obbligo scolastico cui sono soggetti i figli minori (art. 38 del d.lgs. n. 286 del 1998) - obbligo presidiato da sanzione penale (art. 731 del codice penale) - pur non dovendo esibire ai fini dell'iscrizione dei figli a scuola alcun documento attestante la regolarità del suo soggiorno (art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998), finirebbe inevitabilmente per autodenunciarsi, sia per la facilità con la quale la sua condizione di irregolarità può emergere nel corso dell'attività didattica, sia per la sussistenza di un obbligo di denuncia di tale condizione da parte del personale scolastico che rivesta le qualifiche di cui agli artt. 361 e 362 c. p.”.

Ebbene, la Corte ha condivisibilmente affermato che tale censura fosse manifestamente inammissibile, non sussistendo in capo a chi commette un reato l'obbligo di autodenunciarsi, né potendo configurarsi come autodenuncia la mera permanenza sul territorio dello Stato; in tal caso, «la lesione costituzionale denunciata non deriverebbe, una volta ancora, dalla norma

IV, 28 aprile 2006, n. 24249, in *Cass. pen.*, 2007, 7-8, 2895, secondo cui “nel procedimento penale davanti al giudice di pace, la causa di improcedibilità di cui all'art. 34 d. lgs. n. 274 del 2000 (particolare tenuità del fatto) trova applicazione anche in riferimento ai reati di pericolo astratto o presunto, perché anche per essi il principio di necessaria offensività consente l'individuazione in concreto di un'offesa anche minima al bene protetto, e perché la particolare tenuità si apprezza per mezzo di un giudizio sintetico sul fatto concreto, elaborato alla luce di tutti gli elementi normativamente indicati e che si individuano nell'esiguità del danno o del pericolo, nell'occasionalità della condotta, nel basso grado di colpevolezza e nell'eventuale pregiudizio sociale per l'imputato”.

⁴⁰⁵ Sulla questione, E. MATTEVI, *Sulla legittimità costituzionale del reato di immigrazione clandestina*, in *Giur. It.*, 2011, 4, p. 903.

incriminatrice recata dall'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, ma, semmai, secondo la prospettazione del rimettente, dal difettoso coordinamento di talune disposizioni "collaterali" (artt. 6,35 e 38 del d.lgs. n. 286 del 1998): più in particolare, 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, del d.lgs. n. 286 del 1998 con riferimento al personale sanitario»⁴⁰⁶. E, tuttavia, anche su questo punto molte altre censure di incostituzionalità potrebbero essere sollevate. Già il Tribunale di Voghera ha ritenuto “non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui non prevede una deroga all'obbligo di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p. da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti dello straniero sprovvisto di regolare titolo di soggiorno che si sia rivolto alla stessa per la tutela dei propri diritti; la norma sembra infatti porsi in conflitto con il diritto di agire in giudizio e con il diritto di difesa di cui all'art. 24, commi 1 e 2, Cost.; con l'art. 3, comma 1, Cost. che vieta ogni discriminazione basata su condizioni personali e sociali; con l'art. 10, commi 1 e 2, nonché con l'art. 117 Cost., poiché viola l'art. 14 Cedu e gli art. 1 e 9 Convenzione OH 143/75 che stabiliscono rispettivamente un generico obbligo di non discriminazione per ragioni attinenti all'origine nazionale e il riconoscimento a tutti i lavoratori migranti dei diritti fondamentali dell'uomo ivi compreso quello di agire in giudizio”⁴⁰⁷.

Restano, peraltro, ancora numerose perplessità e le risposte della Corte non sembrano sufficienti a dissipare i dubbi manifestati in merito all'incostituzionalità della disposizione. Il più ingombrante è quello relativo al fatto che sia nell'aggravante che nel reato di clandestinità risulta irrintracciabile il bene tutelato. Come sottolineato, relativamente all'aggravante della clandestinità, dalla sent. n. 249/2010, “non potrebbe essere ritenuta ragionevole

⁴⁰⁶ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, cit., p. 3063.

⁴⁰⁷ Trib. Voghera, 20 novembre 2009, E.I.a.t. C. G.I., in *Riv. Crit. dir. lav.*, 2009, 4, p. 1077. Su quest'ordinanza, il commento di A. CAPUTO, *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice*, in *Quest. Giust.*, 2010, 1, pp. 175 ss., che segnala il rischio che condotte di sfruttamento e di abuso (lavorativo, sessuale ecc.) possano, per tale via, restare effettivamente impunte.

e sufficiente (per conservare la fattispecie) 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. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale⁴⁰⁸. Il reato di clandestinità manifesta lo stesso vizio, peraltro tipico di tutte le normative emergenziali, ossia la confusione tra bene e *ratio* di tutela.⁴⁰⁹

Anche qui in realtà il bene giuridico protetto è un concetto di sicurezza pubblica latamente inteso ed interpretato in un'accezione marcatamente ideale, come unico interesse superindividuale comprensivo di tutto ciò che l'ordinamento intende tutelare.⁴¹⁰ Sono inevitabili dunque le difficoltà di concretizzazione dell'oggetto di tutela, che rendono scarsamente percepibili i contenuti offensivi della condotta punibile.

Peraltro, il diritto penale non può intervenire su fenomeni; esso assoggetta a sanzioni i singoli individui, ed il singolo immigrato non può certo porre in pericolo un gigantesco bene giuridico come le risorse di vita della collettività, che il controllo dei flussi mira a preservare; inoltre, l'argomento dell'offesa cumulativa usato per giustificare i reati di pericolo presunto finirebbe per strumentalizzare il singolo, punendolo per un fatto in sé non

⁴⁰⁸ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3744.

⁴⁰⁹ Sui vizi delle normative emergenziali, si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, pp. 66- 67. Ancora, ma con riferimento esemplificativo ai casi del terremoto in Abruzzo e dei rifiuti in Campania, C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1112: "Il nuovo diritto penale dell'emergenza (...) complessivamente presenta i tratti di un diritto penale governativo, efficientista e muscolare".

⁴¹⁰ Circa le censure legate alla legittimità della qualificazione della sicurezza pubblica come bene giuridico, si veda A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65*, a cura di W.HASSEMER e S.MOCCIA, München, 2009, p. 111 ss.

pericoloso, in contrasto con i principi di dignità umana, uguaglianza *sub specie* proporzione, personalità della responsabilità penale, offensività⁴¹¹.

Come anticipato, nuove censure di incostituzionalità sono state mosse nei confronti della disposizione in esame, seppur molte sotto un profilo particolare, ossia quello del mancato rispetto della direttiva rimpatri.

Va osservato, anzitutto, che sul piano del diritto internazionale generale - come già anticipato nel primo capitolo - gli Stati non incontrano limiti in relazione alla qualificazione giuridica dell'ingresso e soggiorno irregolare, ben potendo quindi prevedere che essi costituiscano fattispecie penalmente rilevanti. La prassi degli Stati, in proposito, è assai variegata: tutti prevedono sanzioni, ma solo alcuni qualificano tali violazioni come reati⁴¹².

E, tuttavia, va rilevato che recentemente molto animato è stato il dibattito circa la compatibilità della norma in esame con la direttiva rimpatri.

Dapprima taluni giudici di merito hanno disapplicato il reato di "clandestinità" per contrasto con la direttiva rimpatri⁴¹³: ad esempio, il giudice di Pace di Torino, con sentenza del 22 febbraio 2011, ha statuito che l'art. 7 della direttiva 2008/115/CE, che prevede come modalità ordinaria di esecuzione del provvedimento espulsivo la partenza volontaria entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni, è norma dotata di effetto diretto. Pertanto, risulta problematica l'applicazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. n. 286/1998 alle ipotesi di trattenimento irregolare: qualora, infatti, detto termine per l'allontanamento non sia stato concesso allo straniero, bisogna ritenere che al momento della contestazione del reato l'imputato si trovava ancora nel periodo di tempo in cui avrebbe potuto usufruire del termine per la partenza volontaria, sicché è da escludere che la sua presenza sul

⁴¹¹ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 369; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109 ss., p. 185 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 9.

⁴¹² C. FAVILLI, *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero in Italia*, cit., p. 1115.

⁴¹³ Così, anche il giudice di pace di Roma, con sentenza 16 giugno 2011, ha affermato che la previsione della partenza volontaria come modalità ordinaria di esecuzione dei rimpatri, imposta dall'art. 7 dir. 2008/115/CE, è in contrasto con l'incriminazione dell'art. 10 *bis* t.u. imm., quando al momento in cui viene accertata l'irregolarità del soggiorno l'imputato si trova ancora nel periodo di tempo in cui, secondo la direttiva, potrebbe usufruire del termine per la partenza volontaria.

territorio nazionale fosse illegittima, ed egli deve essere assolto perché il fatto non è previsto come reato.

Analogamente, secondo parte della dottrina, l'art. 10 *bis* t.u. "potrebbe essere oggetto di parziale disapplicazione, nella parte in cui prevede l'espulsione immediata e, fra l'altro, senza neppure il rilascio del nulla-osta da parte dell'autorità giudiziaria"⁴¹⁴.

In seguito, il giudice di pace di Mestre, con ordinanza del 16 marzo 2011, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione della compatibilità del "reato di clandestinità" con la direttiva rimpatri. La questione pregiudiziale di interpretazione è stata proposta nei seguenti termini: "Se la direttiva 2008/115/CE osti alla previsione nazionale, quale quella di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 286/1998, che consideri reato, punito con l'ammenda da 5000 a 10000 euro, il mero ingresso o trattenimento nel territorio nazionale, in violazione delle disposizioni dettate in tema di immigrazione, del cittadino di Paesi terzi". Qualora la Corte fornisca risposta negativa a tale quesito, le viene sottoposta la questione "se l'art. 2 § 2 lett. B) della direttiva 2008/115 possa essere interpretato nel senso di escludere dall'ambito di applicazione delle garanzie previste dalla citata direttiva l'espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva, quale quella prevista dall'art. 16 co. 1 d.lgs. n. 286/1998, a seguito della commissione di una fattispecie di reato che punisca il mero ingresso o trattenimento nel territorio nazionale, quale quella prevista all'art. 10 *bis* d.lgs. n. 286/1998". Ed, infatti, ai sensi dell'art. 16 t.u. l'espulsione viene eseguita (cfr. art. 13, co. 4, lett. f) con una procedura di accompagnamento coatto (accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica), certamente difforme da quella prescritta dalla direttiva (che, *in primis*, prevede un congruo termine per la partenza volontaria)⁴¹⁵.

A tale rinvio se ne sono nel tempo aggiunti altri analoghi. Ad esempio, il tribunale di Rovigo, sez. dist. di Adria, con ordinanza del 15 luglio 2011, ha posto la questione "se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 4, 6, 7, 8 della direttiva 2008/115/CE ostino

⁴¹⁴ A. DI MARTINO - R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 luglio 2011, p. 28.

⁴¹⁵ G. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 8 febbraio 2012, p. 7.

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 mero ingresso e permanenza irregolare, ancora prima della inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa"; e quella "se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che, successivamente all'emanazione della Direttiva, uno Stato membro possa emettere una norma che prevede 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 dalla Direttiva" ; nonché, "se il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, osti ad una norma nazionale adottata in pendenza del termine di attuazione di una direttiva per eludere o, comunque, limitare l'applicazione di applicazione della direttiva, e quali provvedimenti debba adottare il giudice nel caso rilevi siffatta finalità". In particolare, il dato per cui la pena pecuniaria è sostituibile con la permanenza domiciliare (e dunque con una pena limitativa della libertà personale), contrasterebbe con l'obiettivo di un efficace rimpatrio, e potrebbe risultare sproporzionata, in quanto irrogabile in modo automatico nella misura di 45 giorni, senza alcuna distinzione tra caso e caso⁴¹⁶.

La più recente ordinanza di rinvio, infine, è quella del giudice di pace di Lecce, del 22 settembre 2011, che ha espresso i propri quesiti in questi termini : 1) "se l'art. 2 par. 2 lett. b) della direttiva 2008/115/CE osti alla possibilità di applicare la medesima direttiva anche in presenza della normativa interna (art. 10 *bis* t.u. n. 286/98) che sanziona la condizione di ingresso e soggiorno irregolare con la misura dell'espulsione sostitutiva della pena"; 2) "se la direttiva comunitaria sul rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi osti alla possibilità di sanzionare penalmente la mera presenza dello straniero sul territorio nazionale in condizione di irregolarità, indipendentemente dalla

⁴¹⁶ Cfr. G. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, cit., pp. 6-7.

completamento della procedura amministrativa di rimpatrio prevista dalla legge interna e dalla stessa direttiva”⁴¹⁷.

Anche in dottrina è stato rilevato che “se la condotta di mera mancata collaborazione al rimpatrio/allontanamento non può essere ritenuta sanzionabile dal punto di vista penale - per la macroscopica violazione della direttiva comunitaria e dei suoi scopi, nella parte di cui stabilisce a favore dei migranti dei veri e propri diritti di non essere allontanati coattivamente, di godere di un congruo periodo per allontanarsi e di determinati spazi di libertà anche nella fase del trattenimento, non compatibili con una condanna penale e l'esecuzione di una pena per tale semplice condotta meramente passiva - risulta allora vieppiù in contrasto con la disciplina e gli scopi della direttiva l'incriminazione di condotte che costituiscano il presupposto di fatto della mancata collaborazione all'espulsione. Non è infatti ipotizzabile che - considerata incompatibile con la direttiva la normativa interna che disciplina le modalità di allontanamento dal territorio nazionale e criminalizza chiunque non vi si conformi, anche in base ad una mera resistenza passiva - possa essere ritenuta la compatibilità con la disciplina comunitaria dell'art. 10-*bis*, che criminalizza la mera condotta di chi si trova a rivestire un semplice *status*, presupposto della procedura di rimpatrio/allontanamento, ovvero il clandestino”⁴¹⁸.

Tali questioni, ad oggi, sono per la maggior parte pendenti, essendo stata decisa solo quella sollevata dal tribunale di Rovigo.

Prima di esaminare tale ultima pronuncia, tuttavia, può essere importante fare cenno alle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza *Achughbavian*⁴¹⁹, relativa alla compatibilità con la direttiva rimpatri del ‘reato di clandestinità’ previsto dall’ordinamento francese, ove è sanzionato con le pene congiunte della reclusione (di un anno) e dell’ammenda (di 3.750 euro) lo straniero che sia entrato o abbia soggiornato in Francia in

⁴¹⁷V. [www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/1229-art. 10 bis t.u.imm. e direttiva rimpatri: un'altra ordinanza di rimessione alla corte di giustizia/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/1229-art.10bis.t.u.imm.e.direttiva.rimpatri:un'altraordinanzadirimessioneallacortedigiustizia/).

⁴¹⁸R. BARBERINI, M. CASUCCI, *La Corte di Giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la Direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, pp. 1633-1634.

⁴¹⁹Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, *Achughbavian*, causa C-329/11.

assenza dei documenti o dei visti richiesti, o che, se maggiorenne, vi si sia trattenuto per un periodo superiore a tre mesi senza munirsi del permesso di soggiorno. La Corte, in quest'occasione, ha stabilito che la direttiva 2008/115/CE dev'essere interpretata nel senso che essa non osta alla previsione di un reato di immigrazione clandestina punito con la reclusione, laddove sia stata applicata infruttuosamente la procedura di rimpatrio stabilita da tale direttiva e la permanenza sia irregolare e senza giustificato motivo. La Corte ha statuito che la direttiva rimpatri non vieta neppure che gli Stati membri prevedano una misura detentiva finalizzata a determinare se il soggiorno di un cittadino di un Paese terzo sia regolare o meno⁴²⁰. E, tuttavia, la direttiva osta alla normativa di uno Stato membro che reprima il soggiorno irregolare mediante sanzioni penali, laddove detta normativa consenta la reclusione di un cittadino di un Paese terzo che - pur soggiornando in modo irregolare nel territorio di detto Stato membro e non essendo disposto a lasciare tale territorio volontariamente - non sia stato sottoposto alle misure coercitive di cui all'art. 8 di tale direttiva, e per il quale, nel caso in cui egli sia stato trattenuto al fine di preparare e realizzare il suo allontanamento, la durata massima del trattenimento non sia stata ancora superata.

Eppure, «la posizione assunta dalla Corte riguardo all' "arresto iniziale" dello straniero sospettato di soggiornare irregolarmente sul territorio di uno

⁴²⁰ Sul punto, si veda L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare 'conforme' e 'non conforme' alla direttiva rimpatri*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 gennaio 2012, secondo cui «la Corte perviene a tale risultato, utilizzando due argomenti principali. Da un lato, essa richiama il contenuto del considerando n. 17 della direttiva ("I cittadini di Paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale ed internazionale. Fatto salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea"), che lascerebbe intendere in modo incontrovertibile che il legislatore europeo ha voluto escludere dall'ambito di applicazione della direttiva la disciplina delle misure precautelari privative della libertà personale dello straniero, che resterebbe pertanto di competenza nazionale. Dall'altro, essa richiama il principio dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea: riprendendo quanto dedotto dal governo francese nelle proprie osservazioni, la Corte rileva invero come la finalità della "direttiva rimpatri" – e cioè il rapido rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – "risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante una privazione di libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare irregolarmente fugga ancora prima che la sua situazione abbia potuto essere chiarita (§ 30)".».

Stato si espone, a nostro avviso, a più di un rilievo critico. Il temporaneo sacrificio della libertà personale dello straniero viene infatti declassato dalla Corte di giustizia ad interesse marginale, se non addirittura irrilevante, rispetto alle esigenze connesse al perseguimento delle finalità della direttiva (...) con la conseguente legittimazione alla luce del diritto europeo di quell'improprio utilizzo delle misure precautelari privative della libertà personale a cui si assiste in materia di immigrazione irregolare in alcuni ordinamenti nazionali»⁴²¹.

Per quanto riguarda, inoltre, la generale compatibilità del reato di immigrazione clandestina con la direttiva rimpatri, “la sentenza in esame sembra confermare che nell’ordinamento dell’Unione europea la criminalizzazione degli stranieri in situazione irregolare non è messa in discussione in termini assoluti, ma unicamente con riferimento alla sua idoneità ad ostacolare l’allontanamento degli stranieri il cui soggiorno è irregolare, rispetto al quale la tutela dei diritti fondamentali ha carattere meramente strumentale”; tale statuizione “fuga, infatti, ogni dubbio sul ruolo che la protezione della libertà personale dello straniero ricopre nel sistema di garanzie introdotto dalla direttiva rimpatri ed oblitera ogni interpretazione dell’effetto utile di quest’ultima in chiave di tutela dei diritti fondamentali, ed in particolare della libertà personale degli stranieri in situazione irregolare”⁴²².

Tale assunto pare confermato dalla sentenza cd. *Sagor*, oggetto del rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Rovigo⁴²³, il quale dubitava della compatibilità della disciplina di cui all'art. 10 *bis* t.u. con la direttiva 2008/115/UE sotto due aspetti: la previsione, discendente dalla disciplina generale in materia di reati attribuiti alla competenza del giudice di pace, della conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nell'obbligo di permanenza domiciliare, da eseguirsi di regola durante il fine settimana, nel caso in cui quest'ultimo non richieda di essere ammesso al lavoro sostitutivo (art. 55 co. 5 d.lgs. 274/2000); e la previsione della sostituibilità della pena pecuniaria, da parte dello stesso giudice di pace che

⁴²¹ L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers*, cit., pp. 6-7.

⁴²² L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers*, cit., p. 14.

⁴²³ Corte di giustizia UE, sez. I, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 11 dicembre.

pronuncia la sentenza di condanna, con la misura dell'espulsione dello straniero per un periodo non inferiore a cinque anni (art. 16 co. 1 T.u.; art. 62 *bis* d.lgs. 274/2000).

Ebbene, la Corte preliminarmente ha ribadito quanto già affermato nella summenzionata sentenza *Achughbadian*, ossia che la direttiva rimpatri non mira ad un'unificazione integrale delle norme degli Stati membri in tema di controllo dell'immigrazione irregolare e non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare quale reato, per finalità di deterrenza. Essa osta solo a che l'eventuale disciplina penale possa compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115, privando così quest'ultima del suo effetto utile, come accade in particolare allorché lo Stato preveda una sanzione detentiva a carico dello straniero destinata a eseguirsi durante la procedura di rimpatrio, o addirittura prima ancora del suo inizio.

Ribadita, dunque, la *ratio* della direttiva, volta - come già evidenziato - prevalentemente alla realizzazione di un efficace sistema di rimpatrio, e non alla tutela dei diritti umani, la Corte rileva che una norma come quella di cui all'art. 10 *bis* t.u. non rallenta né ostacola la procedura amministrativa di rimpatrio, come del resto emerge dal comma 5 della disposizione, il quale prevede che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere allorché durante il procedimento abbia notizia dell'avvenuta espulsione dello straniero.

Quanto alla possibilità che la pena pecuniaria inflitta al condannato venga sostituita con la misura dell'espulsione, allorché non ricorrano le condizioni ostative di cui all'art. 14 co. 1 t.u., la Corte osserva che - in linea di principio - la direttiva rimpatri non osta a che il provvedimento di espulsione possa essere adottato anche in un giudizio penale, in sostituzione di una pena pecuniaria. Tuttavia, anche in tal caso, stando all'art. 7 della direttiva allo straniero deve essere concesso, di regola, un termine per la partenza volontaria (regola derogabile solo nelle ipotesi eccezionali previste dal § 4 dell'art. 7, tra cui - in particolare - l'esistenza di un pericolo di fuga dello straniero, pericolo la cui sussistenza dev'essere concretamente provata). Dunque, il giudice italiano non potrà avvalersi della facoltà di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione allorché il caso non rientri fra quelli eccezionali previsti dall'art. 7

§ 4 della direttiva e, comunque, l'espulsione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 16 t.u. dovrà rispettare le norme della direttiva relative alla durata del divieto di reingresso, che non deve di norma superare i cinque anni (art. 11 § 2 della direttiva).

Quanto alla seconda censura sollevata, relativa alla convertibilità della pena pecuniaria non eseguita in quella della permanenza domiciliare, quest'ultima, secondo la Corte, risulta idonea a ostacolare l'esecuzione dell'allontanamento, in particolare qualora la disciplina nazionale non preveda che l'esecuzione della permanenza domiciliare debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento dello straniero. Spetterà al giudice nazionale verificare se esista nell'ordinamento italiano una disposizione che faccia prevalere l'esecuzione dell'allontanamento sull'obbligo di esecuzione della pena sostitutiva; mentre, in assenza di una tale disposizione, il meccanismo di conversione della pena pecuniaria di cui agli artt. 53 e 55 d.lgs. 274/2000 risulterebbe incompatibile con la direttiva e dovrebbe quindi essere disapplicato dal giudice italiano.

Secondo parte della dottrina, il meccanismo delineato dal legislatore del 2009 ha subito un nuovo colpo ad opera della Corte di giustizia. Infatti, pur restando intatta la possibilità di sanzionare lo straniero 'irregolare' con la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro e di sostituire quest'ultima con la misura dell'espulsione (ai sensi dell'art. 16 co. 1 t.u. e 62 *bis* d.lgs. 274/2000), ciò potrà avvenire soltanto in presenza di una duplice condizione, ossia che vi sia la possibilità di una esecuzione immediata dell'espulsione, non sussistendo le condizioni ostative di cui all'art. 14 co. 1 t.u., e che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero, che il giudice dovrà accertare in concreto. Ove tale rischio di fuga non sussista, lo straniero avrebbe diritto ad una decisione di rimpatrio che gli conceda un termine per la partenza volontaria, ai sensi dell'art. 7 della direttiva; termine che, però, il giudice di pace non potrebbe concedergli, nel silenzio sul punto dell'art. 16 t.u. e dello stesso art. 62 *bis* d.lgs. 274/2000, con conseguente impossibilità, in questo caso, di sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione. Secondo tale orientamento, risulterebbe così frustrato il (maldestro) tentativo del Ministro degli Interni in carica all'epoca dell'approvazione dell'art. 10 *bis* t.u. di eludere, attraverso

l'introduzione di questa nuova incriminazione, le disposizioni della direttiva rimpatri, avvalendosi della clausola di cui all'art. 2 § 2 della direttiva, che consente allo Stato di non attenersi alle regole fissate dalla direttiva nelle ipotesi in cui l'espulsione venga disposta come sanzione penale, o come conseguenza di una sanzione penale : “La decisione della Corte frustra, dicevo, questo tentativo, nella misura in cui riafferma che il giudice penale potrà disporre l'espulsione dello straniero soltanto laddove costui non abbia il diritto di ottenere un termine per la partenza volontaria per la sussistenza di un concreto pericolo di fuga, da apprezzarsi caso per caso da parte del giudice medesimo. Nell'ipotesi poi in cui la pena pecuniaria non dovesse essere eseguita - ossia, in pratica, nella 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, e dovendo pertanto necessariamente concludersi che l'esecuzione della permanenza domiciliare finirebbe per paralizzare, nell'arco di ben 23 settimane (quasi sei mesi!) l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale”⁴²⁴.

Peraltro, sembra si possa sostenere che anche la pronuncia in commento confermi il ragionamento che si è cercato di svolgere fin qui: la Corte di Giustizia, così come ha ribadito nelle premesse della stessa sentenza in esame, ha un prioritario interesse a che l'espulsione abbia luogo - sebbene con la garanzia tendenziale della partenza volontaria - e solo di riflesso si occupa dei diritti fondamentali dei migranti.

Ed, infatti, la Corte non ritiene in contrasto con la direttiva rimpatri il fatto che la pena pecuniaria inflitta al condannato venga sostituita con la misura dell'espulsione, purché - dato che si poteva già evincere prima di tale pronuncia - l'espellendo non abbia il diritto di ottenere un termine per la partenza

⁴²⁴ Cfr., anche per la ricostruzione della recentissima sentenza, F. VIGANO', *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, su www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2012, § 4.

volontaria in virtù delle ragioni eccezionali, che nella prassi divengono ordinarie, previste dall'art. 7 § 4 della direttiva.

D'altro canto, l'accoglimento della seconda censura è determinato dalla stessa logica efficientista di cui si è detto; infatti, la Corte ha reputato che la permanenza domiciliare risulti idonea ad ostacolare l'esecuzione dell'allontanamento, ove la disciplina nazionale non preveda che l'esecuzione della permanenza domiciliare debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento dello straniero.

Nulla di particolarmente nuovo o inatteso, dunque. E, a parere di chi scrive, ben poco c'è da aspettarsi da eventuali future pronunce.

L'art. 10 *bis* t.u. non commina una pena detentiva, irrogabile nel corso del procedimento di rimpatrio, capace di frustrare l'effetto utile della direttiva n. 115/2008. Ai fini dell'espulsione dello straniero denunciato per il reato di 'clandestinità' non è richiesto il rilascio del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria e il giudice che procede per il reato medesimo, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Non pare, pertanto, che vi sia spazio per sostenere che il procedimento penale per il reato di 'clandestinità' ritardi la procedura di rimpatrio dello straniero irregolare, vanificando così l'effetto utile della Direttiva 115 del 2008. Future pronunce della Corte di Giustizia potrebbero - pronunciandosi sulle sole questioni subordinate - unicamente stabilire, come è avvenuto nel caso di specie, che il giudice nazionale debba disapplicare non già l'art. 10 *bis* t.u., ma le disposizioni secondarie⁴²⁵.

Tuttavia, è certo che il solo fatto di qualificare la 'clandestinità' come reato non rappresenta un'elusione della direttiva rimpatri, e quindi il superamento di tale vergognosa disposizione andrebbe richiesto al legislatore interno, o alla Consulta, per via dei numerosi profili di incostituzionalità della stessa.

⁴²⁵ Così, G. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, cit., p. 6 ss.

1.2. La circostanza aggravante della ‘clandestinità’

Si reputa opportuno esaminare la circostanza aggravante di cui all’ art. 61 c.p. n. 11 *bis* c.p. - introdotta con l. n. 125 /2008 - seppur dichiarata incostituzionale, come è noto, con sent. n. 249/2010, perché espressione delle scelte politico-criminali del legislatore postmoderno. D’altronde, l’aggravante in esame ha assunto il ruolo di cavallo di Troia, anticipando la fattispecie incriminatrice dell’immigrazione illegale ed invertendo il senso del principio di legalità : “Non si stabilisce una pena dopo aver stabilito un reato, ma si crea un reato per poter legittimare una maggior pena : *quia poena crimen*”⁴²⁶.

Va subito rilevato che per la prima volta dall’entrata in vigore del codice penale si era operata, con decreto legge, un’innovazione del catalogo delle circostanze.

Quella in esame si strutturava come un’aggravante comune⁴²⁷ subordinata alla mera commissione di un reato da parte di un soggetto “clandestino”⁴²⁸, anche minorenni⁴²⁹; la circostanza si applicava sia a chi

⁴²⁶ A. DI MARTINO, *D.l. 23.5.2008 n. 92, conv., con modif., in l. 24.7.2008, n. 125, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Legisl. Pen.*, 2009, 2, p. 130.

⁴²⁷ Nelle fasi iniziali del dibattito parlamentare circa la conversione del d.l. n. 98/2008 si era addirittura prospettata la possibilità di introdurre un’esclusione dal giudizio di bilanciamento della circostanza in esame.

⁴²⁸ L’art. 61 co. 1 n. 11*bis* prevedeva l’aggravante relativa all’ “*avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*”. Sul punto, v. A. DI MARTINO, *D.l. 23.5.2008 n. 92, conv., con modif., in l. 24.7.2008, n. 125, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 126, secondo cui la sostituzione della locuzione originariamente proposta “soggetto che si trovi” con quella “mentre si trova” è stato un tentativo non riuscito di mettere in ombra la dipendenza dell’aggravamento di pena dalla semplice qualità soggettiva dell’agente, valorizzando il diverso aspetto di aver realizzato pur sempre una condotta (di ingresso illegale); e, tuttavia, “il *maquillage* rimodella ma non nasconde il brutto volto della scelta compiuta”. V., altresì, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 403, secondo cui la formulazione originaria avrebbe potuto indurre l’applicazione della circostanza anche qualora la condizione di illegalità fosse stata acquisita dopo la commissione del reato.

⁴²⁹ Sulla questione relativa all’applicabilità dell’aggravante anche ai minorenni, cui condivisibilmente - nonostante giurisprudenza contraria - viene data risposta negativa, v. A. DELLA BELLA, *L’aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 12, 2008, p. 4792 ss., secondo cui peraltro “l’irragionevolezza dell’aumento di pena a carico del minore clandestino emerge infine dalla considerazione che, per lo meno per quanto riguarda il minore non accompagnato, il rilascio del permesso di

facesse ingresso irregolare (il cd. clandestino) sia a chi soggiornasse irregolarmente per aver perso i titoli che legittimavano la sua presenza (il cd. irregolare).

Purtroppo, la previsione di un trattamento sanzionatorio aggravato per lo straniero clandestino⁴³⁰, scisso da qualsiasi collegamento con l'offesa al bene giuridico, non è ipotesi nuova: si pensi alla sanzione dei delitti di falsità di cui al T. U. imm.; aggravamenti frutto di una considerazione negativa o sotto il profilo culturale, o sotto quello geopolitico⁴³¹.

Per quanto riguarda il reato presupposto, la norma non introduceva alcun limite specifico: così, oltre ad escluderne l'applicabilità ai delitti colposi⁴³², si era affermato che, al fine di non configurare un'ipotesi di

soggiorno – di cui il minore ha diritto per il solo fatto della minore età – è effettuato dalle questure su segnalazione del Comitato per i minori. Dunque, l'effettivo possesso del documento abilitativo, da cui discende la regolarizzazione del minore, oltre che essere più o meno casuale, viene a dipendere in larga misura dalla solerzia con cui si muovono gli organi amministrativi competenti” (p. 4797); tale irragionevolezza, secondo l'Autrice, è ancor più inaccettabile in considerazione del fatto che l'intero sistema di giustizia minorile è improntato alla funzione rieducativa della pena, ed all'eliminazione di automatismi sanzionatori. *Contra*, Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 2008, n. 17305, in *CED Cass. pen.*, 2008, secondo cui “il pur esatto rilievo che trattandosi di stranieri minorenni, nei loro confronti sussisterebbe un divieto di immediata espulsione, non esclude, evidentemente, il carattere illegale della permanenza degli stessi nel territorio dello Stato al momento della consumazione del reato, elemento questo pure necessario ai fini della configurabilità del reato contestato. E del resto, l'esistenza di una diversità sul piano ontologico tra condizione illegale dello straniero, che rileva in questa sede, e divieto (temporaneo) di espulsione, la si percepisce con immediatezza ove si consideri che lo straniero minorenne, illegalmente presente sul territorio dello Stato, in difetto di fatti sopravvenuti, al momento del raggiungimento della maggiore età e della conseguente scadenza del permesso di soggiorno rilasciatogli in forza di tale status, è tenuto a lasciare il territorio dello Stato”.

⁴³⁰ Secondo taluni Autori, sarebbe stata già attuabile in queste ipotesi una graduazione del *quantum* di pena per mezzo dei parametri di cui all'art. 133 c.p., relativi alla capacità a delinquere del reo, *sub specie* condotta e vita del reo antecedente al reato, nonché condizioni di vita del reo (condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo); così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 409. Ma non pare che tale disposizione - già in sé problematica - possa riferirsi ad ipotesi come quella in esame.

⁴³¹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 274 ss.

⁴³² E. DI CAGNO, *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 688 : “Se è vero, come sottolineato più volte in occasione dei lavori parlamentari, che il fondamento dell'aggravante in esame si giustifica con riferimento alla maggiore intensità della ribellione all'ordinamento manifestata da colui che delinque dopo essersi sottratto illecitamente alla disciplina sull'immigrazione, solo la commissione di un reato doloso sembrerebbe poter integrare gli estremi della ribellione all'ordinamento, richiesta ai fini dell'operatività dell'aggravante”. *Contra*, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 405.

responsabilità di posizione, sarebbe sempre occorso l'accertamento in concreto che la condizione di clandestinità fosse precedente e in rapporto eziologico rispetto al fatto di reato commesso⁴³³. Si evidenziava, altresì, che, per scongiurare che l'art. 61 n. 11 *bis* c.p. costituisse un'ipotesi di presunzione di pericolosità, il clandestino era da ritenersi pericoloso solo in presenza di un precedente reato commesso in stato di clandestinità, ovvero un reato comune aggravato dall'art. 61 n. 11 *bis* c.p. in cui la condizione dello straniero fosse stata in rapporto di causa ed effetto con l'illecito commesso.⁴³⁴ Tuttavia, la pur apprezzabile proposta di limitare l'aggravante ai soli reati la cui esecuzione avesse tratto qualche vantaggio dalla situazione di irregolarità - oppure anche o solo ai reati commessi per consentire l'ingresso o la permanenza illegale - non trova conferma nella lettera della legge⁴³⁵.

Secondo taluni, lo stato di illegalità doveva sussistere al momento del fatto ed era ininfluenza una successiva regolarizzazione⁴³⁶. Discussa era, invece, l'applicazione dell'aggravante laddove la presenza irregolare derivasse da un giustificato motivo : in realtà, sul punto, è apparsa chiarificatrice - ma dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'aggravante - la sent. Corte Cost. n. 250/2010, che ha disconosciuto la possibilità di un'estensione analogica della clausola del giustificato motivo - presente nell'art. 14 co. 5 *ter* t.u. - all'art. 10 *bis* t.u.; supponiamo dunque che uguale argomento sarebbe valso per l'ipotesi in esame.

Le circostanze, come è noto, sono applicabili solo qualora non siano già elementi costitutivi dei reati cui accedono (art. 61 c.p.), onde rispettare il *ne bis in idem*. L'aggravante non sarebbe stata, dunque, applicabile a quelle fattispecie di per sé fondate sull'illegale permanenza nello Stato (ad es.

⁴³³ S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il cd. Pacchetto Sicurezza*, Padova, 2009, p. 45, secondo cui il verificarsi di questa circostanza è subordinato all'esistenza, al momento del fatto di reato, di un provvedimento di allontanamento già adottato.

⁴³⁴ A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. Pen. proc.*, 2009, 1S, p. 44, che a sua volta riprende una posizione di M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, op. cit.

⁴³⁵ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 249; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 403.

⁴³⁶ Sulla questione, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 402.

inottemperanza all'ordine d'espulsione, reati di reingresso dopo l'avvenuta espulsione, reato di clandestinità)⁴³⁷.

I profili di incostituzionalità di tale aggravante sono apparsi sin da subito scontati.⁴³⁸

Un'aggravante siffatta comportava anzitutto una violazione dei doveri di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* Veniva poi violato l'art. 3 Cost., che

⁴³⁷ Ma, come persuasivamente argomentato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 249/2010, cit., p. 3745, questa non è una garanzia sufficiente. Infatti, «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 condizione 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.(...) L'ingresso e il soggiorno illegale sul territorio dello Stato non sono previsti dalla legge come elementi costitutivi della generalità dei reati, ma solo di quelli che attengono alla violazione delle norme in materia di immigrazione, di talché il reato comune commesso dallo straniero in condizione irregolare non potrebbe considerarsi complesso, e come tale capace di "assorbire" la violazione dell'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998».

⁴³⁸ Non erano della stessa opinione G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al dir.*, 9 agosto 2008 n. 32, p. 88 ("L'ipotesi aggravata non poggia sull'automatica rilevanza attribuita allo *status* di irregolare, bensì su una condotta materiale qualificata più negativamente in quanto commessa appunto da soggetto irregolarmente presente in Italia. Si sanziona pur sempre una condotta e non uno *status*. Esclusa pregiudizialmente l'incostituzionalità della previsione aggravata (...)); E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in AAVV, *Il decreto sicurezza*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2008, pp. 16-17 : "Nonostante le varie perplessità manifestate in dottrina o in sedi istituzionali, appare condivisibile l'impostazione di chi, da un lato, ha escluso la fondatezza della questione di illegittimità della norma in esame, già conoscendo l'ordinamento circostanze aggravanti basate sullo *status* soggettivo del reo (...); A. DE DONNO, *La circostanza aggravante della clandestinità*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 120 : "Personalmente ritengo che non si versi in ipotesi di colpa d'autore, ma che la condizione di clandestinità costituisca un fatto legittimamente suscettibile di valutazione sotto il profilo della responsabilità penale, in quanto conseguenza di una volontaria elusione del dettato normativo in materia di ingresso e permanenza nel territorio dello Stato. Ma che, tuttavia, la risposta punitiva dello Stato debba ispirarsi al dettato costituzionale, e segnatamente porsi in linea con i principi posti dall'art. 27 Cost., onde evitare che l'inasprimento delle pene voluto dal legislatore non si ponga in stridente e non giustificato contrasto con le esigenze di rieducazione che sono alla base di una moderna legislazione penale".

sancisce il principio di uguaglianza ed espressamente proibisce qualsiasi discriminazione fondata su condizioni personali e sociali.⁴³⁹ Contrastava, ancora, con l'art. 27 Cost. co. 1 e 3, in quanto, il clandestino, punito più gravemente di un italiano solo per ragioni di condizione personale e sociale, avrebbe avvertito come iniquo il trattamento sanzionatorio riservatogli, con la conseguenza di rendere improbabile il suo adeguamento ai valori ordinamentali; inoltre, essa, operando in maniera non selettiva, rischiava di innescare processi di desocializzazione e di contagio criminale di stranieri con un basso livello di propensione criminale.⁴⁴⁰ Non si comprende, d'altronde, come la fuga dalla povertà o dal disagio possa essere letta come una ribellione allo Stato.

Preoccupante è apparso, in particolare, l'automatismo applicativo riesumato da quell'aggravante, fondata su una discriminante e generalizzata presunzione che lasciava fuori qualsiasi valutazione del caso concreto.

Era rilevabile anche una violazione palese del principio di offensività, ricavabile dagli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2-3, 27 co. 1 e 3 Cost., poiché l'aumento di pena non risultava correlato ad una maggiore gravità del fatto, ma ad una presunta pericolosità tipica del diritto penale d'autore. Eppure, è pacifico che il principio della personalità della responsabilità penale e quello di offensività non consentono di avvalersi di presunzioni legali di pericolosità nella scelta dell'*an* e del *quantum* dell'intervento penale⁴⁴¹. In particolare, la Corte costituzionale⁴⁴² ha sostenuto che la condizione di clandestinità di per sé non è

⁴³⁹ G. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AAVV, "Decreto sicurezza": tutte le novità, cit., p. 36.

⁴⁴⁰ G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1654.

⁴⁴¹ Sul punto, v. Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, in *Foro it.*, 1990, I, c. 37, secondo cui "il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante".

⁴⁴² Corte Cost., sent. 16 marzo 2007 n.78, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3275 ss., ove si è sancita l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48, 50 ord. penit., se interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato e privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste: vale per tutti, infatti, il principio costituzionale del finalismo rieducativo; v. altresì Cass. Pen., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 26239, in *Guida al dir.*, 2006, 38, p. 78 ss., secondo cui "lo stato di incensuratezza di un cittadino straniero non può presumersi insussistente solo per il fatto che

sintomatica di una particolare pericolosità sociale ed ha, in generale, aborrito le presunzioni di pericolosità in merito.

La ragion d'essere dell'aggravante, peraltro, non appariva consistere nella presunzione di pericolosità collegata alla violazione delle norme sull'ingresso e sulla permanenza nello Stato di soggetti privi della cittadinanza italiana. Se così fosse stato, infatti, essa avrebbe creato una contraddizione sistemica considerevole: la circostanza, infatti, non era applicabile ai cittadini di Stati dell'Unione europea neppure nel caso di inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, vale a dire quando l'irregolarità del soggiorno fosse stata già oggetto di riscontro formale, pena una violazione del principio della libera circolazione delle persone nell'Unione. E' questa la conferma che lo stesso pseudo-bene del rispetto delle norme sull'ingresso e sulla permanenza nello Stato, in realtà, era stato strumentalizzato per finalità xenofobe e discriminatorie. Ad ogni modo, sul piano generale, va rilevato che sarebbe comunque scorretto un ragionamento fondato sull'automatismo per cui l'autore di una violazione (o di un reato) è perciò stesso pericoloso.⁴⁴³

Ma il rischio creato dall'introduzione di tale aggravante *sui generis*, che non può dirsi comunque sventato, è dato dal verificarsi di una preoccupante regressione verso interpretazioni riduttive dei valori costituzionali, propizie e compiacenti all'introduzione di eccezioni ai diritti fondamentali, che escludono gli stranieri in ragione di rivendicazioni egoistiche basate sulla cittadinanza, sull'appartenenza, sul territorio⁴⁴⁴.

egli sia privo in Italia di fissa dimora e di stabile occupazione lavorativa, sì da ritenerlo per ciò dedito alla consumazione di illeciti, giacché sarebbe del tutto arbitrario ricollegare la pericolosità sociale a detta condizione personale, in assenza di ogni altro elemento concreto"; ulteriormente, Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 58, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1739 ss., che ha dichiarato "costituzionalmente illegittimo l'art. 86 comma 1 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui obbliga il giudice a emettere, senza l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione, eseguibile a pena espia, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati previsti dagli artt. 73, 74, 79 e 82 commi 2 e 3 del medesimo testo unico".

⁴⁴³ A. DI MARTINO, *D.l. 23.5.2008 n. 92, conv., con modif., in l. 24.7.2008, n. 125, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 129.

⁴⁴⁴ G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, cit., p. 1650.

Questi profili di incostituzionalità, diffusamente rilevati, sono stati condivisi e tempestivamente rilevati da attenta giurisprudenza; i Tribunali di Livorno e Ferrara, tra gli altri, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della aggravante, che è stata accolta con la sentenza della Corte Costituzionale dell' 8 luglio 2010, n. 249⁴⁴⁵. Le censure fondate sulla violazione degli artt. 3 co. 1 e 25 co. 2 Cost. sono state accolte, restando assorbite quelle proposte con riguardo all'art. 27 co. 1 e 3 Cost.

Sono risultati consequenzialmente illegittimi, in quanto inscindibilmente legati alla aggravante di cui sopra, l'art. 1 l. n. 94 / 2009 che escludeva l'applicabilità dell'aggravante *de qua* ai cittadini di Paesi appartenenti all'Unione europea, e l'art. 656 c.p.p., in riferimento all'inciso che inseriva anche i delitti in cui fosse ricorso tale aggravante tra quelli per cui non era possibile procedere alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva⁴⁴⁶.

La Corte afferma subito - richiamando la sentenza n. 393 del 2006 - di voler sottoporre la norma censurata ad un "vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo del rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza". Questo principio, che con tutta probabilità non ha avuto alcun rilievo nel caso di specie - ove la gravità degli elementi di irrazionalità era sufficiente a consentire l'uso del parametro meno restrittivo della "non manifesta irragionevolezza" ai fini di una decisione di incostituzionalità - non ha trovato, invece, espressione rispetto alle questioni di legittimità sollevate negli anni con riguardo all' art. 14 co. 5 *ter* e di recente relativamente all' art. 10 *bis* t.u., ove invece avrebbe potuto essere determinante per una decisione differente. Sebbene secondo la Corte costituzionale e parte della dottrina la ragione sarebbe da rinvenire nel fatto che l'aggravante della clandestinità - a differenza degli artt. 10 *bis* e 14 co. 5 *ter* t.u. - viola direttamente il divieto di discriminazione *ex* art. 3 Cost., secondo altra parte della dottrina, non è dato cogliere ragioni plausibili alla base di questa scelta, vista l'identità di incidenza sui diritti fondamentali e della situazione di

⁴⁴⁵ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249, cit., p. 3741 ss.

⁴⁴⁶ In merito, M. T. STURLA, *Carcere : dentro il clandestino, fuori la Costituzione? Nuovi ritocchi all'art. 656 c.p.p.* in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 347 ss.

fatto⁴⁴⁷. Ciò ha indotto a ritenere che la Corte non volesse segnare una frattura con il precedente indirizzo, e che l'adozione di un parametro più rigoroso costituisca un mero *obiter dictum*⁴⁴⁸. Peraltro, è stato affermato che non sarebbe chiaro «se ai fini del superamento del “vaglio positivo di ragionevolezza”, sia sufficiente dimostrare la particolare rilevanza, nell'ottica costituzionale, dell'interesse tutelato dalla norma impugnata, ovvero se - secondo le scansioni tipiche dello *strict scrutiny* negli ordinamenti in cui esso è correntemente impiegato, nelle sue infinite varianti - occorra altresì dimostrare l'idoneità, necessità e proporzione (in senso stretto) della norma impugnata rispetto alle esigenze di tutela di quel *compelling social interest*»⁴⁴⁹. La Corte dovrebbe dunque operare un sindacato al confine tra il controllo di razionalità del sistema ed il controllo di ragionevolezza della scelta⁴⁵⁰.

La sentenza in commento - che si innesta sul solco di una giurisprudenza ormai consolidata in materia di divieti di discriminazione tra cittadini e stranieri nel godimento dei diritti fondamentali - abbandonando il criterio della manifesta disparità di trattamento con altre norme assunte quali *tertia comparationis*, valuta secondo un criterio binario il grado di incidenza del diritto penale in quanto tale rispetto ai diritti fondamentali dell'individuo; essa, secondo alcuni Autori, «potrebbe (e dovrebbe) sollecitare un suo più generale ripensamento sulla congruità dello *standard* della non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative cui la Corte si attiene costantemente in materia penale - anche al di là, dunque, del settore specifico (per sua essenza “discriminatorio”) del diritto penale dell'immigrazione. Se è vero che, in particolare, la pena detentiva incide su di uno dei diritti più fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, assistito addirittura della qualifica di inviolabilità, apparirebbe naturale e doveroso pretendere dallo Stato non una qualsiasi motivazione “non manifestamente irragionevole”, ma una ragione

⁴⁴⁷ Così, L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante : le ragioni di una scelta compromissoria*, op. cit.

⁴⁴⁸ L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 45.

⁴⁴⁹ F. VIGANO', *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4, pp. 3020-3021.

⁴⁵⁰ G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole*, cit., p. 91.

forte che possa giustificare - “in positivo”, secondo la nuova terminologia introdotta dalla sentenza n. 393 del 2006 - una simile drammatica interferenza con quel diritto fondamentale; e una ragione la cui pregnanza possa essere attentamente verificata da parte della Corte costituzionale, che è custode istituzionale di quel diritto fondamentale, nel quadro di un bilanciamento serrato con le ragioni di tutela dei diritti fondamentali (non limitati soltanto alla libertà personale) dei destinatari della norma penale»⁴⁵¹.

Venendo al merito della pronuncia, la Corte rileva anzitutto, in tema di diritti inviolabili, che essi spettano “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani” e che la condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto 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 : un universalismo dei diritti umani refrattario ad una discriminazione fondata sul particolarismo dei meri diritti di cittadinanza e direttamente collegato al principio di offensività⁴⁵². Con riferimento al caso specifico, inoltre, ricorda che le “condizioni personali e sociali” fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline.

A questo punto, la Corte afferma che l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del

⁴⁵¹ F. VIGANO', *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4, pp. 3020-3021.

⁴⁵² G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole*, cit., p. 84. Secondo l'Autore, la Corte avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma già sulla base del solo raffronto con l'art. 2 Cost. : infatti, la libertà personale appartiene ai diritti umani inviolabili non comprimibili irragionevolmente.

maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono i singoli reati.

Tale assunto emerge altresì da due interventi legislativi successivi all'introduzione dell'aggravante.

In primo luogo, non è ammissibile la discriminazione che essa crea tra stranieri irregolari e generalità di destinatari della norma penale : cittadini italiani, cittadini UE (regolari e non; infatti, l'art. 1 comma 1 della l. n. 94 del 2009 ha escluso l'applicabilità dell'aggravante *de qua* – che *ab origine* avrebbe voluto colpire altresì dei comunitari 'sgraditi', come i rumeni - ai cittadini di Paesi appartenenti all'Unione europea), nonché extracomunitari regolari. Ed, infatti, la Consulta ha rilevato che “la particolare disciplina dell'aggravante censurata nel presente giudizio 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 quando l'irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di 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”⁴⁵³.

Inoltre, l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non solo non ha fatto venir meno, come taluno invece reputava, la contraddizione derivante dalla eterogeneità della natura della condotta antecedente rispetto a quella dei comportamenti successivi, ma ha altresì esasperato la contraddizione medesima, in quanto ha posto le premesse per possibili duplicazioni o moltiplicazioni sanzionatorie, tutte originate dalla qualità acquisita con un'unica violazione delle leggi sull'immigrazione, ormai autonomamente punibile, e tuttavia priva di qualsivoglia collegamento con i precetti penali in ipotesi violati dal soggetto interessato⁴⁵⁴. Infatti, secondo la Corte⁴⁵⁵, la disciplina codicistica in materia di reato complesso (art. 84 c.p.)

⁴⁵³ Corte Cost., sent. n. 249/2010, cit., p. 3744.

⁴⁵⁴ Così, Corte Cost., sent. n. 249/2010, cit., p. 3745.

⁴⁵⁵ Per analoga posizione in dottrina, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale- Parte generale*, cit., p. 582 : “L'idea di un reato complesso che sia tale solo in concreto non sembra, però, conciliabile con la figura del reato complesso, così come delineata dall'art. 84 co.1, che

«non è tuttavia applicabile al caso di specie, che riguarda una circostanza aggravante comune. L'ingresso e il soggiorno illegale sul territorio dello Stato non sono previsti dalla legge come elementi costitutivi della generalità dei reati, ma solo di quelli che attengono alla violazione delle norme in materia di immigrazione, di talché il reato comune commesso dallo straniero in condizione irregolare non potrebbe considerarsi complesso, e come tale capace di “assorbire” la violazione dell'art. 10 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 (...) La costruzione di un reato complesso deve essere opera del legislatore, e non può quindi risultare dalla combinazione, in sede di applicazione giurisprudenziale, tra le singole figure criminose e le circostanze aggravanti comuni»⁴⁵⁶. Non sembrerebbe, dunque, operante l'assorbimento, sebbene possa obiettarsi che la natura speciale della circostanza aggravante non osti alla configurabilità di un reato complesso.

contempla il fenomeno c.d. di contenenza di una fattispecie legale in un'altra, come suo elemento costitutivo; la disciplina in esso stabilita, dunque, non può estendersi ad ipotesi in cui il reato che si vorrebbe assorbito non è indicato dalla legge come elemento costitutivo del reato assorbente, ma rappresenta solo una modalità particolare della sua concreta realizzazione. In realtà, nelle ipotesi considerate, o ci si trova di fronte ad un concorso di reati; oppure - quando la realizzazione del fatto tipico di un reato esaurisce interamente la materia del divieto inerente all'altro - si tratta di un puro problema di specialità, unilaterale o reciproca”.

⁴⁵⁶ Corte Cost., sent. n. 249/2010, cit., p. 3745. In proposito vi è chi ha rilevato una distonia tra quest'affermazione e le ordinanze n. 277/2009 e n. 66/2010 della stessa Consulta. In proposito, L. DEGL'INNOCENTI - S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, p. 1181, i quali ricordano che in quelle ordinanze «veniva richiesto ai giudici *a quibus* di riconsiderare la questione di legittimità costituzionale sollevata poiché “la normativa sopravvenuta attiene ad un profilo centrale dei percorsi argomentativi seguiti dai giudici *a quibus* nel motivare la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, posto che le condotte riconducibili alla previsione censurata costituiscono ormai l'oggetto di un'autonoma incriminazione, e non la mera espressione di un illecito amministrativo”. In altre parole dalle precedenti ordinanze pareva potersi trarre la seguente considerazione: se è reato il fatto di soggiornare nel Paese in condizioni di mera irregolarità (non più soltanto) amministrativa, può ben comprendersi come il legislatore abbia inteso punire maggiormente il clandestino (ormai criminale *ope legis*) che compie altro e diverso crimine; diversamente, se la condotta del soggiorno irregolare fosse (in ipotesi) un fatto giuridicamente neutro, sarebbe ovviamente irrazionale e discriminatorio punire maggiormente l'irregolare rispetto ad altro soggetto. Volendo sintetizzare: la più grave considerazione del Legislatore della condizione di mera irregolarità renderebbe l'aggravante meno inaccettabile. Diversamente da quanto fosse lecito attendersi, la Corte inverte il punto di vista ritenendo illecita l'aggravante anche perché, appunto, “non solo lo straniero in condizione 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”».

Ad ogni modo, è stato pronosticato che la dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante avrà l'effetto collaterale di far aumentare i processi per il reato di cui all'art. 10 *bis*; ciò perché la giurisprudenza prevalente avrebbe aderito alla teoria dell'assorbimento *ex art.* 84 c.p., invece rigettata dalla Corte⁴⁵⁷.

La Consulta, dunque, conclude che la *ratio* posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere: «Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento»⁴⁵⁸.

Infatti, generalmente, la previsione di una circostanza aggravante è determinata dalla logica della maggiore offensività della condotta, ovvero della più intensa colpevolezza o pericolosità sociale del suo autore. Nel caso di specie, invece, la Corte ritiene che sebbene il bene giuridico del controllo e della gestione dei flussi migratori sia meritevole di tutela penale⁴⁵⁹ - concetto ribadito nella coeva sent. n. 250/2010 - una condotta illecita commessa dal clandestino non possa ritenersi più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto: infatti, tale offesa è priva di qualsiasi connessione rispetto a quella realizzata con il reato base, che può concernere qualsivoglia bene giuridico; “né, potrebbe aggiungersi, avrebbe senso sostenere che il reato aggravato *ex art.* 61 n. 11-*bis* c.p. possa essere considerato come una sorta di fattispecie complessa plurioffensiva, posta a tutela anche del controllo e della gestione dei flussi migratori, sul modello di quanto avviene, ad esempio, per qualsiasi reato comune aggravato dall'abuso dei poteri inerenti a una pubblica funzione *ex art.* 61 n. 9 c.p., caratterizzato anche dall'offesa al

⁴⁵⁷ L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 58.

⁴⁵⁸ Corte Cost., sent. n. 249/2010, cit., p. 3746.

⁴⁵⁹ Così, anche, F. VIGANO', *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., p. 3025, secondo cui il solo “profilo di incongruità del mezzo utilizzato per conseguire il - pur legittimo - fine del controllo dei flussi migratori costituisce dunque la ragione fondamentale della intrinseca irragionevolezza della norma”.

bene del buon andamento della pubblica amministrazione. In quest'ultima ipotesi e in altre analoghe, infatti, l'offesa al bene giuridico ulteriore consegue pur sempre alla medesima condotta costitutiva del reato base, caratterizzata in concreto da una duplice valenza offensiva; mentre l'aggravante di clandestinità dipende da una condotta - la presenza irregolare sul territorio nazionale - che preesiste rispetto alla commissione del reato e che prosegue dopo la sua commissione, e che è pertanto del tutto distinta da quella costitutiva del reato medesimo⁴⁶⁰.

Ciò determina per la Corte una lesione dell'art. 25 co. 2 Cost., *sub specie* profilo di offensività, che “prescrive, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore. Né si potrebbe obiettare che la qualità di immigrato in condizione irregolare deriva pur sempre da un originario comportamento trasgressivo, utile a legittimare una presunzione legislativa a carattere assoluto circa la dimensione soggettiva dell'illecito o la capacità a delinquere del reo. Si è già visto infatti come tale condotta - sanzionata dal legislatore prima soltanto sul piano amministrativo, oggi anche su quello penale - non possa 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”⁴⁶¹.

Tale affermazione, sul piano generale, getta inoltre “una seria ombra sulla legittimità costituzionale di tutte le numerose circostanze la cui *ratio* è riconducibile a una maggiore colpevolezza dell'autore (in termini, ad es., di

⁴⁶⁰ F. VIGANO', *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., pp. 3024-3025.

⁴⁶¹ Corte Cost., sent. n. 249/2010, cit., p. 3746. Sul punto specifico, v. G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale: l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole*, cit., p. 92, secondo cui tale affermazione di chiusura sembra istituire una sorta di dialogo con l'estensore della sent. n. 250 del 2010, nella quale l'originario comportamento trasgressivo è invece ritenuto sufficiente ad integrare un reato.

particolare riprovevolezza dei motivi che hanno indotto il reo ad agire: si pensi ai motivi abietti o futili, alla premeditazione, etc.), o addirittura alla sua maggiore pericolosità sociale. E il pensiero corre in primo luogo alla latitanza e alla recidiva, la cui logica non può in alcun modo spiegarsi con riferimento alla maggiore offesa arrecata al bene tutelato dalla norma incriminatrice alla quale accede l'aggravante. Non a caso la sentenza, immediatamente dopo avere evocato (in termini insolitamente netti) il parametro dell'art. 25 comma 2 Cost., si premura di illustrare le ragioni per le quali la disposizione impugnata non può essere assimilata alle aggravanti della latitanza e della recidiva»⁴⁶².

Infatti, proprio con riferimento a queste ultime due ipotesi, la Corte tiene a precisare che non assumono rilievo, in senso contrario alle conclusioni fin qui esposte, le considerazioni relative alla presenza, nel sistema penale italiano, delle circostanze aggravanti relative allo stato di latitanza del reo (art. 61 n. 6 c. p.) ed alla recidiva (art. 99 c. p.). «La Corte sottolinea da un lato come la presunzione di maggior pericolosità del latitante si fonda sulla sua inosservanza di un provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente (e non già su una generica situazione di contrarietà alla legge, come quella che caratterizza lo straniero “irregolare”), e dall'altro come l'applicazione della recidiva sia pur sempre subordinata (salvo che nel caso contemplato dall'art. 99 comma 5 c.p.) ad un accertamento in concreto da parte del giudice di una “relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico [...] sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale” - relazione sintomatica che non sussiste invece nel caso dello straniero irregolare, che potrebbe in ipotesi non essere neppure consapevole del proprio *status*»⁴⁶³.

In conclusione, questa sentenza - al di là dei condivisibili risultati cui perviene - va salutata con favore poiché “riconduce i principi del diritto penale del fatto e di offensività al novero dei diritti inviolabili dell'uomo che non

⁴⁶² F. VIGANO', *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., p. 3028 ss.

⁴⁶³ F. VIGANO', *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., p. 3028 ss.

ammettono trattamenti diversificati”⁴⁶⁴. Infatti, in essa, l’offensività è usata sia con ruolo ancillare del canone di ragionevolezza della scelta normativa, che - nella seconda parte della sentenza - quale principio immediatamente prescrittivo o dimostrativo suscettibile di confronto diadico con la norma⁴⁶⁵.

Tuttavia, la maggioranza politica che aveva introdotto questa norma non è sembrata granché colpita da questa sentenza, molto probabilmente perché la volontà politica era quella di punire il clandestino in quanto tale, senza aspettare che commettesse alcun reato (diverso, ovviamente, dalla sua illecita presenza sul territorio nazionale)⁴⁶⁶: obiettivo purtroppo rimasto indenne - con la sent. 250 del 2010 - dalla scure della Corte.

Restano, comunque, delle questioni che la dichiarazione di incostituzionalità lascia aperte.

Anzitutto, bisogna interrogarsi circa le conseguenze prodotte dalla pronuncia della Corte Costituzionale sui procedimenti penali in corso e su quelli già conclusi con una sentenza irrevocabile, nei quali la circostanza aggravante della clandestinità ha influito sulla determinazione della pena.

Per quanto riguarda le sentenze non ancora passate in giudicato, naturalmente esse potranno essere riformate in sede d'appello, oppure annullate con rinvio dalla Cassazione per sopravvenuta violazione di legge.

Più problemi si pongono in caso di sussistenza del giudicato.

⁴⁶⁴ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 255. Sul punto, v. altresì F. VIGANO’, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., p. 3030 : “Ma proprio qui sta la ricchezza di questa sentenza, che magari dice troppo ai fini della soluzione di una questione (politicamente difficile ma) giuridicamente facile, che però al tempo stesso getta dei semi preziosi dal punto di vista del penalista, sempre più inquieto per l’uso strumentale (a fini elettorali o, peggio, puramente personali) che il potere politico ha fatto nell’ultimo decennio della legislazione penale. Semi che - sui fronti dello standard del giudizio di ragionevolezza, del principio di proporzione tra gravità del fatto e misura della pena, così come del principio di offensività come unico legittimo fondamento della reazione punitiva - toccherà auspicabilmente alla futura giurisprudenza della Corte custodire, e far germogliare”.

⁴⁶⁵ G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l’aggravante illegittima ed il reato ragionevole*, cit., p. 91. Criticamente, L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 44, secondo cui vi sarebbe un’anticipazione in sede di valutazione della conformità al principio di uguaglianza di valutazioni pertinenti a quello di offensività, e viceversa.

⁴⁶⁶ Così, F. VIGANO’, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, cit., p. 25.

Di recente, si è espressa sul punto la Cassazione, secondo cui «non può essere eseguito il giudicato di condanna per la parte in cui è riferibile all'aumento di pena conseguente all'applicazione della circostanza colpita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale. A tal fine, peraltro, non si può ricorrere alla revoca della sentenza di condanna prevista dalla disposizione dell'art. 673 c.p.p., applicabile esclusivamente ai casi ivi espressamente richiamati (cioè quelli di "*abolitio criminis*" e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice)⁴⁶⁷, bensì si deve fare riferimento al

⁴⁶⁷ *Contra*, per l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., Trib. Milano, sez. XI, 26 gennaio 2011; così, in dottrina, in un primo momento, S. ZIRULIA, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 9 dicembre 2010 : « l'argomento forte a sostegno di tale conclusione va rinvenuto negli artt. 30, comma 4 della l. 87/1953 e 673, comma 1 c.p.p. Tali disposizioni, come è noto, sono tra loro intimamente collegate: la prima, come visto, stabilisce che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice travolge anche il giudicato; la seconda attribuisce al giudice dell'esecuzione il rimedio che permette di dare concreta attuazione alla prima, vale a dire il potere di revoca della sentenza passata in giudicato adottata sulla base della norma incriminatrice caducata. Ebbene, benché queste disposizioni prendano in considerazione soltanto il caso dell'*abolitio criminis*, ci pare che sussistano tutti i requisiti per procedere ad una loro applicazione in via analogica anche ai casi in cui venga rimossa dall'ordinamento una circostanza aggravante. Infatti, la *ratio* sottesa agli artt. 30, comma 4 l. 87/1953 e 673, comma 1 c.p.p. è di impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta attraverso una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. Una tale *ratio* sembra potersi agevolmente estendere anche alla situazione in cui la dichiarazione di illegittimità investa una norma dalla quale dipenda la misura (o, se del caso, la stessa specie) della pena inflitta: la rimozione di quella norma dall'ordinamento comporta il venir meno della giustificazione, se non dell'intera pena, quanto meno di una parte di essa. La situazione è, dunque, in entrambi i casi simile, trattandosi pur sempre di evitare che una norma che il legislatore non aveva sin dall'inizio il potere di emanare, perché in contrasto con la Costituzione, possa continuare a produrre effetti pregiudizievoli per i diritti fondamentali (*in primis* la libertà personale) dell'individuo. (...)Se, dunque, nulla osta a nostro avviso ad un'applicazione analogica delle citate norme, va da sé che il tipo di rimedio a disposizione del giudice dell'esecuzione dovrà a questo punto essere adattato al tipo di vizio da sanare. Pertanto il giudice non dovrà evidentemente procedere alla revoca della sentenza, come letteralmente prevede l'art. 673; bensì soltanto alla rideterminazione della pena "al netto" della aggravante di clandestinità». Come si vedrà, l'Autore ha poi rivisto la propria posizione sul punto. Nel lavoro successivo (v. nota 469), però, lo stesso Autore ribadirà che "posto che gli artt. 30, comma 4, l. n. 87/1953, e soprattutto 673 c.p.p., fanno espresso riferimento alla sola ipotesi in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale investa una norma incriminatrice, sembra a chi scrive che in realtà il giudice milanese abbia proceduto non già ad una interpretazione estensiva, bensì ad una interpretazione analogica". Per l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., v. anche L. DEGLI INNOCENTI- S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, cit., p. 1184, secondo cui "la risposta al primo quesito discende dall'applicazione dell'art. 673, comma 1, c.p.p., dovendo il giudice dell'esecuzione non già revocare la sentenza di condanna o di patteggiamento, ma rideterminare la pena inflitta dal

combinato disposto degli art. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4, l. 11 marzo 1953 n. 87, che ostano all'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima»⁴⁶⁸.

Ebbene, di tale pronuncia appare apprezzabile il fatto che si sia mantenuta distinta la disciplina giuridica della abrogazione di una semplice circostanza aggravante da quella relativa all'annullamento di una previsione aggravante per illegittimità costituzionale⁴⁶⁹. Ed, infatti, soltanto nel primo caso opera la disciplina di cui al comma 4 dell'art. 2 c.p., perché si tratta di una successione meramente modificativa di leggi penali che introduce un trattamento sanzionatorio più favorevole applicabile in assenza di una decisione di condanna passata in giudicato; l'altra ipotesi invece è, in via generale, disciplinata sia dall'art. 136 co. 1 Cost. - il quale stabilisce che la norma di cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale “cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” - così come precisato dall'art. 30 co. 3 l. n. 87 del 1953, secondo cui “le norme dichiarate

giudice della cognizione, eliminando l'aumento di pena applicato per l'aggravante di clandestinità, con le conseguenze che da ciò possono derivare nel caso concreto. In particolare, non v'è più dubbio in giurisprudenza circa il fatto che il giudice dell'esecuzione possa concedere, in conseguenza della riduzione della pena inflitta, e sussistendone gli altri presupposti, la sospensione condizionale della pena negata dal giudice della cognizione. Quanto al procedimento di esecuzione, esso si svolge con le forme del rito ordinario (art. 666 comma 3 e comma 4, c.p.p.), da attivarsi su impulso dell'interessato, del difensore o del pubblico ministero, purché vi sia interesse. Infine, se allo straniero irregolare processato per un reato comune sia stata applicata l'aggravante in esame ritenendo (correttamente) assorbito in essa il reato di clandestinità, una volta eliminato l'aumento di pena, il pubblico ministero dovrà nuovamente contestare, sussistendone gli altri presupposti, il reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, salvato dal Giudice delle leggi”.

⁴⁶⁸ Cass. Pen., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 977, in *Guida al dir.*, 2012, 9, p. 71 ss.

⁴⁶⁹ S. ZIRULIA, *Aggravante della “clandestinità” e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Il Corr. Mer.*, 2011, 5, p. 515 : “Infatti, se il limite del giudicato appare tollerabile di fronte ad una successione di norme che avviene su un piano meramente cronologico, il medesimo limite diventa inaccettabile allorché il mutamento del diritto positivo sia imposto dalla gerarchia delle fonti. Nel primo caso, infatti, si tratta di salvaguardare la certezza degli accertamenti giudiziari esauriti a fronte di una mutata valutazione di politica criminale, nel quadro di una successione di norme tutte legittime: un compromesso senz'altro discutibile, ma *prima facie* ragionevole. Nel secondo caso, invece, affermare l'intangibilità del giudicato significa fissare in maniera definitiva gli effetti pregiudizievoli di una norma che mai il legislatore avrebbe dovuto porre in essere. La tesi che qui si propone appare allora del tutto ragionevole, in quanto impedisce che, almeno nei casi di dichiarazione di illegittimità costituzionale, si consolidino in maniera definitiva gli effetti pregiudizievoli derivati da una circostanza aggravante non più vigente”.

incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” e dall'art. 30 co. 4, l. n. 87 cit., secondo cui “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”⁴⁷⁰. In questo caso, il riferimento alla “norma dichiarata incostituzionale” dovrebbe ritenersi comprensivo anche delle circostanze aggravanti, tenuto conto della loro natura sostanziale e non meramente sanzionatoria. D'altronde, sebbene “né l'art. 136 Cost., né l'art. 30, comma 3, l. n. 83/1957, contengono riferimenti espressi alle cd. situazioni giuridiche già consolidate, ossia a quegli accadimenti - *in primis* il passaggio in giudicato - che la giurisprudenza invoca quali limiti impermeabili alla retroattività favorevole delle dichiarazioni di incostituzionalità aventi ad oggetto norme diverse da quelle incriminatrici”⁴⁷¹, va osservato che se il giudicato cede il passo di fronte alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice (ai sensi dell'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953), è per ragioni di tutela della libertà personale, ossia per impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta attraverso una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta. Questa stessa esigenza va soddisfatta anche allorché la dichiarazione di illegittimità costituzionale investa una circostanza aggravante: infatti, per quanto attiene alla porzione di pena relativa all'aggravante, la sopravvenuta mancanza di un valido fondamento giuridico è assolutamente

⁴⁷⁰ Sul punto, cfr. Cass. Pen., sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 9270, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1957 ss., secondo cui “l'abrogazione di una disposizione o di una norma ricade nella normalità dell'evoluzione di qualunque ordinamento. Il diacronico succedersi di leggi, che in tutto o in parte disciplinano innovativamente - ampliando, riducendo o comunque modificando i loro ambiti - materie già regolate da leggi precedenti, è fenomeno che involge la fisiologica vita dell'ordinamento giuridico e le relative problematiche rinvengono soluzione (ove lo stesso legislatore non detti criteri volti a comporre l'interscambio temporale o successorio di norme) attraverso processi interpretativi, talora complessi, ispirati dai principi di diritto intertemporale di cui ciascun ordinamento è dotato [...]. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma investe, invece, un evento che pertiene alla patologia ordinamentale. La norma illegittima è espunta dall'ordinamento perché infirmata da una invalidità originaria che ne ha condizionato l'applicazione, e che giustifica (rendendola, anzi, indispensabile) la proiezione sui rapporti giuridici pregressi, che da tale incostituzionale norma siano stati disciplinati (retroattività), della pronuncia di incostituzionalità, certificante - per dir così - la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente nata morta”.

⁴⁷¹ S. ZIRULIA, *Aggravante della “clandestinità” e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, cit., p. 513.

identica a quella che si verifica quando a venire meno è la norma incriminatrice. Quindi, alla luce di questo bilanciamento di interessi, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di un'aggravante dovrebbe essere assistita dalla medesima irretroattività illimitata che contrassegna la caducazione di una norma incriminatrice⁴⁷².

D'altro canto, questa conclusione potrebbe essere raggiunta semplicemente tenendo presente che - in base all'art. 30 l. cost. n. 87/1953 - le disposizioni dichiarate incostituzionali perdono efficacia *ex tunc*, con la conseguenza di dover escludere un rapporto di successione tra leggi dichiarate incostituzionali e leggi eventualmente ad esse preesistenti⁴⁷³, ed applicare invece l'art. 2 co.1 c.p., come se le leggi dichiarate incostituzionali non fossero mai esistite.

E, tuttavia, pur a voler ritenere così eliminato il problema del fondamento sostanziale della non eseguibilità della frazione di pena corrispondente alla circostanza aggravante illegittima, rimane irrisolto - avendo i giudici della suprema Corte inibito l'uso dell'art. 673 c.p.p., senza precisare sulla base di quali specifici poteri il giudice dell'esecuzione sia legittimato ad intervenire sul giudicato irrevocabile, paventando solo l'attribuzione di un "potere atipico" - il problema dell'individuazione dello specifico strumento processuale al fine di rideterminare la risposta punitiva⁴⁷⁴.

Secondo taluni Autori, il giudice dell'esecuzione potrebbe avvalersi del procedimento camerale base, delineato dall'art. 666 c.p.p., il quale rappresenta il rito tipico funzionale alla risoluzione sia delle questioni oggetto di specifica disciplina, sia di ogni altra questione che possa sorgere nell'attuazione concreta del *decisum* giudiziale⁴⁷⁵.

⁴⁷² Così, S. ZIRULIA, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, cit., pp. 514 -515.

⁴⁷³ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale- Parte generale*, cit., p. 94.

⁴⁷⁴ M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 gennaio 2012.

⁴⁷⁵ Così, S. ZIRULIA, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, cit., p. 517, secondo cui «mentre il codice di rito del 1930 "definiva 'giudice degli incidenti' l'organo competente a esercitare le funzioni proprie della giurisdizione esecutiva in senso stretto e 'incidenti di esecuzione' le relative procedure decisionali", nel codice vigente "il

Una soluzione diversa viene data da chi parte dal diverso presupposto per cui tanto l'art. 30 u. c. l. n. 87/1953, quanto l'art. 673 c.p.p. non sembrano trovare applicazione nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni disciplinanti il mero trattamento sanzionatorio penale - in quanto, in entrambe le disposizioni, il legislatore sembrerebbe riferirsi in modo esplicito soltanto alla declaratoria di incostituzionalità delle vere e proprie norme incriminatrici⁴⁷⁶, mentre il carattere “accessorio” della circostanza sembrerebbe riguardare la determinazione della sanzione e non la stessa norma incriminatrice⁴⁷⁷ - ma che tuttavia “il rispetto della libertà personale compromessa, seppure solo per la maggior pena applicata mediante l'aggravante, debba imporsi sul principio della certezza dei rapporti ormai esauriti, a meno di non voler vulnerare il principio di uguaglianza, sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative”. Tali Autori ritengono che, in attesa di un auspicabile intervento legislativo che renda concretamente ammissibile l'incidente di esecuzione per ottenere l'eliminazione della pena irrogata in rapporto all'aggravante dichiarata incostituzionale, tale lacuna assiologica potrebbe essere colmata dalla Corte costituzionale attraverso una sentenza additiva, che dichiari l' illegittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede, in riferimento alla declaratoria di incostituzionalità di una circostanza aggravante, la possibilità per il giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna e di rideterminare la pena

riferimento al carattere incidentale delle decisioni *post rem iudicatam* è venuto meno”: la variante - che “emerge con riguardo sia alla descrizione delle forme e dell'oggetto della giurisdizione esecutiva, sia alla denominazione dell'organo giurisdizionale protagonista della fase” - non è solo nominalistica, ma riflette “un profondo mutamento di impostazione intervenuto dopo la riforma del 1988”. Il giudice, infatti, non è più chiamato “a decidere su `incidenti`, ma a `conoscere dell'esecuzione` del provvedimento da eseguire”: il codice prevede, in particolare, un sistema misto di competenza funzionale e per materia, all'interno del quale il giudice dell'esecuzione conosce sia le specifiche materie a lui attribuite (tra le quali si annovera la revoca della sentenza *ex art. 673*), sia “ogni questione attinente alla fase, a prescindere dall'esistenza di un'apposita previsione normativa”».

⁴⁷⁶L'Autore, peraltro, ritiene che altrimenti non ci si limiterebbe ad estendere il potere di revoca della sentenza ad ipotesi non espressamente previste, ma si amplierebbe la stessa portata precettiva della norma processuale, attribuendo al giudice dell'esecuzione il potere di rideterminare la pena al netto dell'aggravante.

⁴⁷⁷ Per questa tesi, v. M. GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della “clandestinità”: abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, 4, p. 1349 ss.

inflitta non tenendo conto della aggravante invalida e di adottare i provvedimenti conseguenti. Si afferma così che “la Corte può integrare l'enunciato legislativo con una norma che ripristini la legalità costituzionale, nel senso di aggiungere una disciplina che eviti l'irragionevolezza della regolamentazione predisposta dal legislatore”; essa “non farebbe altro che completare il testo legislativo, aggiungendo una regola - volutamente omessa dal legislatore nell'art. 673 c.p.p. - al fine di pervenire a ‘rime obbligate’ ad una maggiore coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico, mediante un giudizio di ragionevolezza che rivaluti il bilanciamento effettuato dal legislatore per risolvere il conflitto tra i principi costituzionali in gioco. La Corte non procederebbe dunque in maniera arbitraria, bensì seguendo un preciso schema di riempimento del vuoto di disciplina non conforme a Costituzione”⁴⁷⁸.

Accedendo, infine, all'opzione che risolve il problema sostanziale attraverso l'art. 2 co. 1 c.p., sul piano processuale potrebbe essere risolutivo il principio *tempus regit actum*, nel senso che già al tempo del fatto commesso, e quindi tanto più al momento del procedimento penale, la legge dichiarata incostituzionale deve considerarsi non vigente.

Una seconda questione irrisolta è relativa alla condizione di coloro il cui ordine di carcerazione non sia stato sospeso - al fine della presentazione di una istanza di ammissione a una delle misure alternative alla detenzione - per via del disposto dell'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo in via consequenziale all'abrogazione dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., limitatamente alle parole “e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-*bis*), del medesimo codice” (qualora ovviamente non sussistessero le altre ragioni ostative di cui ai commi 7 e 9 dell'art. 656 c.p.p., ossia sospensione dell'esecuzione già disposta una volta; condanna per un delitto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. o per i delitti indicati negli artt. 423-*bis*, 624-625, 624-*bis* c.p.; condannato che si trovi in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene

⁴⁷⁸ M. GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della “clandestinità”: abolizione o annullamento?*, cit., u. p.

definitiva per il fatto oggetto della condanna da eseguire; condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 co. 4, c.p.).

Tale preclusione operava anche qualora la circostanza fosse stata bilanciata con eventuali attenuanti e non avesse inciso, di fatto, sull'ammontare della pena irrogata. In questo modo, gli stranieri irregolari - nonostante la sent. Corte Cost. n. 78/2007 in tema di fruibilità dei benefici penitenziari - avrebbero comunque dovuto subire un assaggio di pena prima di accedere a qualsivoglia altra misura⁴⁷⁹.

La dottrina ritiene che astrattamente si profilino due possibili alternative: potrebbe ritenersi che, essendo ormai l'esecuzione iniziata, essa non possa essere interrotta o sospesa, potendo lo straniero soltanto presentare, successivamente all'ingresso in carcere, l'istanza volta all'ottenimento di una misura alternativa alla detenzione; in tal caso, egli rimarrebbe in stato di detenzione fino alla pronuncia del tribunale di sorveglianza (a meno che il magistrato di sorveglianza decida di sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione del condannato “quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga”, come previsto dall'art. 47, comma 4, ord. penit.). Opposta soluzione potrebbe essere quella di ritenere che debba preliminarmente disporsi la remissione in libertà dello straniero illegittimamente ed ingiustamente privato della libertà personale, così da consentire a questi - al pari degli altri stranieri nelle sue stesse condizioni, ma raggiunti da ordine di carcerazione successivo alla sentenza ablativa e quindi sospeso - di presentare l'istanza volta alla concessione di una misura alternativa direttamente dallo stato di libertà. Secondo la stessa dottrina, a favore della seconda soluzione militerebbe «la considerazione della natura “sostanziale” dell'art. 673 c.p.p., la cui portata “non può che essere ricondotta ai profili normativi che ne giustificano la ragion d'essere, vale a dire all'art. 2, secondo comma, c.p. ed all'art. 30, quarto comma, l. 11 marzo 1953, n. 87” . In altre parole, nonostante l'istituto processuale sia soggetto, di regola, al principio

⁴⁷⁹Così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 409; cfr., altresì, F. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11 bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3748 ss.

del *tempus regit actum*, il meccanismo sospensivo disciplinato dall'art. 656 c.p.p., sancendo l'inizio della fase esecutiva della pena, non può non partecipare della logica più prettamente sostanziale. A sostegno di quest'opinione sembrano militare, appunto, sia l'art. 2, comma 2, c.p. sia l'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, che espressamente impongono la cessazione dell'esecuzione e di “tutti gli effetti penali” dipendenti dall'applicazione di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima⁴⁸⁰.

Ma, anche in tal caso, potrebbero riproporsi le stesse questioni e le stesse possibili soluzioni esaminate con riguardo alla problematica trattata in precedenza.

1.3. I reati connessi all'espulsione

La disciplina dei reati collegati all'espulsione rappresenta la migliore espressione dell' “irruzione del diritto amministrativo e delle autorità riconducibili al potere esecutivo nel sistema penale”⁴⁸¹. Emerge palese, infatti, la natura marcatamente sanzionatoria dei reati che esamineremo, posti ad esclusivo presidio dei provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare.

Per quanto concerne i reati connessi all'espulsione, questi sono individuabili negli artt. 13, co. 13 e 13 *bis*, e 14, co. 5 *ter* e *quater*, t.u., nell'art. 20 co. 14 d. lgs. n. 30 / 2007 (Attuazione della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di

⁴⁸⁰ Così, L. DEGL'INNOCENTI - S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, cit., pp. 1185-1186, secondo cui peraltro “resta da chiedersi quale organo sia competente per la rimessione in libertà dello straniero: giudice dell'esecuzione, Procura della Repubblica, magistrato di sorveglianza. Sicuramente, a ciò fisiologicamente deputato è il giudice dell'esecuzione, a seguito dell'incidente aperto ex art. 673 c.p.p. Può però ipotizzarsi che la stessa Procura della Repubblica, anche d'ufficio, sia competente ad emettere il decreto di sospensione previsto dall'art. 656, comma 5, c.p.p., conseguente al - non sospeso - ordine di esecuzione, così rimettendo in libertà lo straniero irregolare ed assegnando allo stesso trenta giorni per presentare istanza volta all'ottenimento di una misura alternativa alla detenzione”.

⁴⁸¹ A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, cit., p. 9.

soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), e negli artt. 235 e 312 c.p.

Le fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater* - in relazione alle quali di recente tanto si è dibattuto - saranno autonomamente trattate nel paragrafo seguente.

Nell' art. 13, co. 13 e 13 *bis*, è prevista la tradizionale condotta di reingresso nel territorio dello Stato, dello straniero espulso (con provvedimento amministrativo prefettizio o ministeriale ai sensi del comma 13, e giudiziale *ex* comma 13 *bis*)⁴⁸², punita con la reclusione da uno a quattro anni⁴⁸³; il comma 13 *bis*, nella seconda parte, prevede altresì che allo straniero il quale, già denunciato per il reato di cui al co. 13 ed espulso, abbia fatto reingresso sul territorio nazionale, si applichi la pena della reclusione da uno a cinque anni.

Oltre alla sanzione penale si applica altresì una nuova espulsione, che secondo taluni sarebbe una pena accessoria, in virtù dell'automatismo applicativo; secondo altri, una sanzione amministrativa adottata dal giudice penale⁴⁸⁴; o, ancora, una sanzione amministrativa disposta dall' autorità amministrativa⁴⁸⁵.

⁴⁸² Con provvedimento dell' autorità amministrativa (co. 13) ovvero con espulsione disposta dal giudice (co. 13 *bis*).

⁴⁸³ Art. 13 co. 13 t.u.: "Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. La disposizione di cui al primo periodo del presente comma non si applica nei confronti dello straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo 29".

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

⁴⁸⁴ Per questa seconda opzione, L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 132.

⁴⁸⁵ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 204; secondo l'Autore, deporrebbe in tal senso l'uso dell'avverbio "nuovamente" che sembra richiamare le tipologie di provvedimenti che fungono da presupposto del reato di cui all' art. 13 co. 13 t.u., ossia l'espulsione ministeriale o prefettizia; nonché, la possibile asimmetria tra esiti del giudizio penale e determinazione relativa alla nuova espulsione. Se così fosse, il nuovo ingresso illegale dello straniero integrerebbe la fattispecie di cui all' art. 13 co. 13, e non co. 13 *bis*. Sullo specifico punto, in senso contrario, si sostiene che l'avverbio "nuovamente" si riferirebbe non al riesercizio del potere, ma allo straniero.

L'attuale formulazione è l'esito di una *escalation* sanzionatoria : inizialmente la pena prevista era dai due ai sei mesi; con la l. n. 189/2002, il massimo edittale passò dai sei mesi ad un anno; con la l. n. 271/ 2004, infine, sia è giunti all'attuale formulazione⁴⁸⁶. Inoltre, a seguito delle modifiche dovute alla l. n. 271/2004, per il reato di cui si discute si procede con rito direttissimo ed arresto obbligatorio anche fuori dai casi di flagranza : invero, proprio il perseguimento di tali 'effetti collaterali' sembra aver motivato l'inasprimento sanzionatorio.

Elementi costitutivi del reato sono l'esistenza di un legittimo provvedimento di espulsione (amministrativo, ministeriale o prefettizio, sia in modalità coattiva che spontanea; giudiziale, sia in qualità di misura di sicurezza, che di misura sostitutiva o alternativa alla detenzione, in quanto la disposizione fa riferimento non alla natura giuridica dell'espulsione, ma all'autorità che l'ha disposta⁴⁸⁷); l'esecuzione del provvedimento, essendo necessario che lo straniero abbia lasciato il territorio nazionale; il reingresso nel territorio statale.

Il reingresso non è penalmente rilevante se autorizzato - con atto ampiamente discrezionale - dal Ministero della Giustizia⁴⁸⁸ (riferimento che manca nell'art. 13 co. 13 *bis* : tale assenza è ritenuta ovvia per l'espulsione quale misura di sicurezza, revocabile solo in sede di riesame della personalità dell'espulso, ma non per l'espulsione quale sanzione alternativa o sostitutiva⁴⁸⁹); se è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo 29, dello straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13 co. 2 lett. a) e b); oppure se, per le esigenze di cui all'art. 17 t.u., lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è autorizzato dal questore a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo

⁴⁸⁶Cfr., L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., pp.79-80. L'Autore rileva altresì che l' 'antenato' della disposizione in esame è rinvenibile nell'art. 151 T.U.P.S., secondo cui "lo straniero espulso a norma dell'articolo precedente non può rientrare nel territorio dello Stato, senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. Nel caso di trasgressione è punito con l'arresto da due mesi a sei. Scontata la pena, lo straniero è nuovamente espulso".

⁴⁸⁷ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 190 - 191.

⁴⁸⁸ U. TERRACCIANO, *Stranieri. Le nuove disposizioni in materia di immigrazione*, Forlì, 2005, p. 364.

⁴⁸⁹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 194.

fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza. Inoltre, ai sensi dell'art. 31 co. 3 t.u., il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico.

Il provvedimento di espulsione deve essere valido⁴⁹⁰ : il giudice penale può disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo, presupposto

⁴⁹⁰ Tra le tante sentenze sul punto, cfr. Cass. civ., sez. I, 6 settembre 2004, n. 17960, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 9, secondo cui “in tema di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, sussiste il radicale vizio della nullità del relativo provvedimento prefettizio - per difetto della sua necessaria formalità comunicatoria - tutte le volte in cui all'espellendo venga comunicata una mera copia, libera ed informale, dell'atto, non sottoscritta dal Prefetto né recante attestazione di conformità all'originale, e senza che, neanche successivamente, gli venga consegnata altra copia debitamente autenticata, irrilevante essendo, ai fini dell'eventuale sanatoria della detta nullità, che tale copia venga invece prodotta soltanto in giudizio, e al solo fine di attestare al Giudice che, nell'ufficio depositario, giace l'originale dell'atto opposto. Tale produzione persegue, difatti, finalità estranee a quella delineata dagli art. 13, commi 3 e 7, del d. lgs. n. 286 del 1998 e 14 della legge n. 15 del 1968, e risulta del tutto inidonea a sanare il vizio di nullità dell'atto, non rappresentando tempestivo esercizio di autotutela da parte dell'organo amministrativo”; ancora, Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2004, n. 6859, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 4 ss., per la quale “il decreto di espulsione amministrativa dello straniero, a norma dell'art. 13, comma 7, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, in applicazione dell'art. 3, comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241, deve essere comunicato all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e deve altresì specificare, ai sensi dell'art. 3 del regolamento reso con D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394, il diritto all'assistenza di difensore di fiducia o, ricorrendone le condizioni, a spese dello Stato; l'omissione o incertezza (per incompletezza, contraddittorietà etc.) di tali indicazioni, tuttavia, non determina l'illegittimità del provvedimento, ma può solo giustificare la rimessione in termini per errore scusabile, ove risulti che, in conseguenza delle errate indicazioni, lo straniero non ha proposto tempestivamente ricorso”; nonché, Cass. civ., sez. I, 7 maggio 2002, n. 6535, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2919 ss., secondo cui “l'obbligo di motivazione del decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero - di cui al comma 3 dell'art. 13 d. lgs. n. 286 del 1998 - deve essere inteso in funzione dello scopo della motivazione stessa, che è quello di consentire al destinatario la tempestiva tutela dei propri diritti mediante l'opposizione, facendo, cioè, valere le proprie ragioni dinanzi al giudice chiamato ad esercitare il dovuto controllo giurisdizionale sull'atto, onde detto obbligo, pur quando non siano state indicate le norme di legge violate, deve ritenersi soddisfatto se il provvedimento, pur senza indicarli direttamente, richiami purtuttavia, anche solo in sintesi, gli elementi necessari e sufficienti dei quali, con la normale diligenza, sia possibile la cognizione certa e completa, affinché il destinatario possa individuare la violazione addebitatagli cui si riferisce la misura adottata”; in ultimo, tra le tante, Cass. Civ., sez. I, 25 gennaio 2002, n. 879, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 129 ss., per cui “in tema di espulsione dello straniero, l'autorità amministrativa è tenuta a comunicare all'interessato ogni atto concernente l'espulsione (con l'indicazione della relativa modalità di impugnazione), tradotto nella lingua del suo Paese d'origine o nella lingua da lui conosciuta, essendo possibile la traduzione in lingua inglese, francese e spagnola solo nell'ipotesi di mancata identificazione del paese di provenienza dello

dell'ipotesi delittuosa, e provvedere di conseguenza all'assoluzione dell'imputato, ma si ritiene che ciò possa avvenire solo quando la causa dell'illegittimità risulti oggettiva e di semplice rilevabilità⁴⁹¹.

Si è discusso sulla natura permanente - in quanto durerebbe finché non si pone in essere il comportamento dovuto⁴⁹² - o istantanea ad effetti permanenti - poiché si consumerebbe all'atto del superamento dei confini territoriali - del reato in esame⁴⁹³. A noi pare più condivisibile questa seconda ipotesi⁴⁹⁴: invero, la tecnica di formulazione della fattispecie, imperniata sulla trasgressione del divieto di reingresso dello straniero espulso, appare concentrare il contenuto di disvalore dell'illecito penale sulla condotta di attraversamento della frontiera e non sull'illegale soggiorno dell'extracomunitario⁴⁹⁵; inoltre, a seguito della modifica nel 2004 dell'art. 13 t.u., l'abolizione della disposizione relativa al fermo è stata accompagnata dalla previsione dell'arresto obbligatorio "anche fuori dei casi di flagranza": «Ora poiché, seguendo l'orientamento contrario, la permanenza del reato in esame potrebbe cessare solo con il comportamento dovuto ("l'abbandono del territorio dello Stato"), tale previsione offre nuove conferme alla tesi della natura istantanea - sia pure con effetti permanenti - della fattispecie di cui all'art. 13

straniero, ovvero di accertata provenienza da un paese la cui lingua, per la sua rarità, non consenta l'agevole reperimento di un traduttore; ne consegue che deve essere annullato per violazione del diritto di difesa il decreto di espulsione che non sia stato tradotto in una delle lingue note all'interessato quando non ricorrono le circostanze sopra riportate».

⁴⁹¹ Così, Cass. Pen., sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, in *Cass. pen.*, 2010, 2, p. 757 ss.

⁴⁹² Così, Cass. Pen., sez. I, 18 febbraio 2004, n. 17878, in *Cass. pen.*, 2005, 3, p. 965 ss., secondo cui "il reato previsto dall'art. 13 comma 13 bis d.l. n. 286 del 1998, come modificato dalla l. n. 189 del 2002, ha natura permanente, poiché è diretto ad impedire l'illegale reingresso e la permanenza illecita nel territorio dello Stato del soggetto espulso, sicché il bene giuridico tutelato dalla norma è quello di impedire l'illegale permanenza e dunque la continuità della condotta antigiuridica volontariamente protratta nel tempo". Sugli effetti della riconosciuta natura permanente del reato, Cass. Pen., sez. I, 18 giugno 2003, n. 27399, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1371 ss., secondo cui "in tema di immigrazione e presenza di cittadini stranieri nello Stato, vi è continuità normativa tra il reato di violazione del decreto prefettizio di espulsione già previsto dall'art. 13 comma 13 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e le modifiche introdotte dall'art. 12 l. 30 luglio 2002 n. 189, e, trattandosi di reato permanente che dura fino a quando non si pone in essere il comportamento dovuto, ossia l'abbandono del territorio dello Stato, una condotta iniziata sotto la previgente normativa e continuata sotto la nuova è sanzionabile secondo le previsioni di quest'ultima".

⁴⁹³ M. GAMBARDELLA, *Immigrazione*, cit., p. 2895.

⁴⁹⁴ In tal senso anche L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 123.

⁴⁹⁵ Così, M. GAMBARDELLA, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina.*, in *Cass. pen.*, 2009, 5, p. 1916 ss.

comma 13 t.u.». Infatti, se si fosse trattato di reati permanenti, lo stato di flagranza non sarebbe cessato se non al cessare dello stato di permanenza e la precisazione sarebbe stata superflua⁴⁹⁶.

Particolarmente problematica appare la seconda parte del comma 13 *bis* dell'art. 13 t.u., laddove la denuncia “da veicolo di conoscenza del reato diviene elemento di una fattispecie penale”, in spregio al principio di non colpevolezza⁴⁹⁷. In proposito, era intervenuta la Consulta, affermando l'illegittimità costituzionale della disposizione (nel testo vigente anteriormente alle modifiche apportate dal d.l. n. 241/2004), in quanto puniva a titolo di delitto, con la reclusione da uno a quattro anni, lo straniero che, essendo stato denunciato ed espulso per il reato di cui al precedente comma 13 - che puniva, invece, a titolo di contravvenzione, con la pena dell'arresto e l'espulsione con accompagnamento alla frontiera, lo straniero che, espulso dal territorio dello Stato, vi rientrasse senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno -, facesse reingresso nel territorio nazionale. Tale previsione avrebbe determinato un contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto attribuiva alla denuncia per il reato di reingresso l'efficacia di trasformare in delitto un comportamento altrimenti costituente reato contravvenzionale : la denuncia - che comporta solo l'obbligo degli organi competenti di verificare se e quali dei fatti esposti corrispondano alla realtà e se rientrino in ipotesi penalmente sanzionate, ossia di accertare se sussistano le condizioni per l'inizio di un procedimento penale - è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce, e dal quale non possono quindi farsi derivare conseguenze pregiudizievoli per il denunciato⁴⁹⁸. Sebbene vi siano state importanti modifiche legislative, si ritiene che la situazione non sia mutata : infatti, la già citata sent. n. 222/2004 – sulla necessità di convalida giudiziale del decreto di espulsione dello straniero - nonché la l. n. 271/2004, non sembrerebbero rilegittimare tale previsione⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 245.

⁴⁹⁷ L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 145.

⁴⁹⁸ Corte Cost., 28 dicembre 2005, n. 466, in *Giur. cost.*, 2005, p. 6 ss.

⁴⁹⁹ In tal senso, diffusamente, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 196 ss.

Vanno, a questo punto, esaminate le problematiche inerenti alla durata del divieto di reingresso.

Anzitutto, va osservato che l'art. 19 d.p.r. n. 394/1999 prevede che “il divieto di rientro nel territorio dello Stato nei confronti delle persone espulse opera a decorrere dalla data di esecuzione dell'espulsione, attestata dal timbro d'uscita di cui all'articolo 8, comma 1, ovvero da ogni altro documento comprovante l'assenza dello straniero dal territorio dello Stato”.

A ciò va aggiunto che originariamente il divieto di reingresso operava per un periodo di dieci anni, con possibilità di un termine più breve, in ogni caso non inferiore a cinque anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia⁵⁰⁰.

Una parte della giurisprudenza di merito, dunque, aveva ritenuto di richiamare l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia nella sentenza ‘El Dridi’⁵⁰¹ anche in rapporto al reato di illecito reingresso, di cui all'art. 13 co. 13 TU, sul rilievo della efficacia diretta dell'art. 11 della direttiva rimpatri, secondo cui il provvedimento di rimpatrio può essere corredato di un divieto di reingresso la cui durata dev'essere determinata tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e comunque non può essere superiore, di norma, ai cinque anni. Altra giurisprudenza si è spinta ancora oltre, affermando che l'art. 13 co. 13 t.u. comporterebbe una violazione del principio dell'effetto utile, posto che la previsione di una pena detentiva a carico dello straniero che abbia fatto illegalmente ingresso in Italia in violazione di un divieto di reingresso costituisce un ostacolo al conseguimento dell'obiettivo dell'effettivo rimpatrio dello straniero irregolare, individuato come prioritario dalla direttiva 2008/115/CE. Dunque, l'incompatibilità del procedimento amministrativo interno di esecuzione del provvedimento di espulsione con il sistema delineato in sede di Unione europea (in particolare dagli artt. 7 e 11 della direttiva) comporterebbe la disapplicazione dell'atto amministrativo contenente il divieto di reingresso (anche se emesso prima del termine concesso agli Stati per l'attuazione della direttiva), con la conseguenza che l'imputato del reato di cui

⁵⁰⁰ Il T.U.P.S., invece, non prevedeva alcun limite temporale al divieto di reingresso, con conseguente impossibilità di rientro senza autorizzazione ministeriale.

⁵⁰¹ v. *infra*, p. 193.

all'art. 13 co. 13 t.u. dovrebbe essere assolto perché il fatto non sussiste, essendo venuto a mancare un presupposto della condotta tipica⁵⁰².

Anche in considerazione del rilevato contrasto con la direttiva rimpatri, il d.l. n. 89/2011 (convertito in l. n. 129/2011) ha modificato il co. 14 dell'art. 13 t.u. disponendo che “il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. Nei casi di espulsione disposta ai sensi dei commi 1 e 2, lettera c) del presente articolo, ovvero ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, può essere previsto un termine superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. Per i

⁵⁰² Trib. Roma, 9 maggio 2011; Trib. Napoli, 18 febbraio 2011; Trib. Bologna, 9 giugno 2011. V., ancora, Trib. Milano, 8 febbraio 2012, tutte pubblicate su www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo cui “l'ordine di espulsione e la sua esecuzione, sebbene siano stati adottati antecedentemente alla sentenza della Corte UE del 28.4.2011 ed alla modifica del sistema interno ad opera del D.L. 89/2011, sono atti per i quali non è applicabile il principio amministrativistico del *tempus regit actum*, in quanto tale principio esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irrettabilmente definito, mentre tale circostanza non si verifica nella specie, posto che l'assetto prodotto dagli stessi permane per il solo fatto di costituire il presupposto applicativo di fattispecie incriminatrici capaci di determinare l'irrogazione di sanzioni penali. Di conseguenza, considerato il contrasto sussistente tra il tenore del provvedimento di espulsione contenente il divieto di reingresso violato dallo straniero e la disciplina europea ed interna attualmente vigente, l'arresto in flagranza del cittadino straniero per il reato di violazione del divieto di reingresso nel territorio dello Stato *ex art. 13, comma 13, d.lgs. 286/1998* non può essere convalidato”. In dottrina, per una posizione intermedia, F. VIGANO', L. MASERA, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., § 6, secondo cui è “più complesso il discorso relativo alle incriminazioni di cui agli articoli 13 co. 13 e 13 bis t.u., che sanzionano con la pena della reclusione lo straniero espulso e rimpatriato che faccia illegalmente ritorno in Italia in violazione del divieto di reingresso. E' vero infatti che in questo caso la norma prevede la pena della reclusione, ma la condotta tipica (il reingresso illecito) è diversa da quella oggetto di valutazione nella sentenza, sicché questa non ci pare possa essere invocata per disapplicare *tout court* anche l'art. 13. Piuttosto, ragioni per disapplicare tale fattispecie incriminatrice potrebbero essere ricavate da altre disposizioni della direttiva, ed in particolare dall'art. 11, che contiene una disciplina del divieto di reingresso in larga misura divergente dalla normativa interna, e la cui diretta applicabilità dovrà a questo punto essere oggetto di attento scrutinio. Tolta di mezzo la tranquillizzante opzione del carcere per lo straniero clandestino, il legislatore sarà finalmente costretto a ragionare su come fare per incrementare i rimpatri volontari (magari incentivandoli con la mancanza di un divieto di reingresso per chi fa spontaneamente ritorno nel proprio Paese, come prevede l'art 11 § 1 dir.), o per consentire l'emersione degli irregolari che nel nostro Paese non delinquono, ma sono costretti dalla nostra stessa legislazione a lavorare per anni in nero senza diritti e senza tutele”.

provvedimenti di espulsione di cui al comma 5, il divieto previsto al comma 13 decorre dalla scadenza del termine assegnato e può essere revocato, su istanza dell'interessato, a condizione che fornisca la prova di avere lasciato il territorio nazionale entro il termine di cui al comma 5.”

Peraltro, lo stesso d.l. n. 89/ 2011 ha introdotto due nuove fattispecie : una all’art. 13 co. 5.2 t.u., secondo cui “ laddove sia concesso un termine per la partenza volontaria, il questore chiede allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo. Il questore dispone, altresì, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente (...) Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero, non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui al comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Il questore esegue l'espulsione, disposta ai sensi del comma 4, anche mediante le modalità previste all'articolo 14”; una seconda, all’art. 14 co. 1 *bis* t.u., ai sensi della quale “nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c) del presente testo unico, o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. (...) Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro. In tale ipotesi, ai fini

dell'espulsione dello straniero non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Qualora non sia possibile l'accompagnamento immediato alla frontiera, con le modalità di cui all'articolo 13, comma 3, il questore provvede ai sensi dei commi 1 o 5-bis del presente articolo”.

Ulteriori fattispecie connesse all' "espulsione" sono previste in disposizioni esterne al Testo Unico.

La prima, contenuta nell'art. 20 co. 14 d. lgs. n. 30 / 2007 (riformato dal d. lgs. n. 32 / 2008), riguarda l'inottemperanza da parte del cittadino comunitario al divieto di reingresso, punibile con la reclusione fino a due anni nell'ipotesi di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato, ovvero fino ad un anno, nelle altre ipotesi.

Inoltre, fino alla recente modifica, l'art. 21 co. 4 d. lgs. n. 30 / 2007 sanzionava l'inottemperanza, da parte di un cittadino dell'Unione, ad un provvedimento di allontanamento, con l'arresto da un mese a sei mesi e con l'ammenda da 200 a 2.000 euro. A seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 129/2011, è previsto soltanto che nei confronti dei soggetti di cui al comma 1, che non hanno ottemperato al provvedimento di allontanamento di cui al comma 2 e sono stati individuati sul territorio dello Stato oltre il termine fissato, senza aver provveduto alla presentazione dell'attestazione di cui al comma 3, il prefetto può adottare un provvedimento di allontanamento coattivo per motivi di ordine pubblico, ai sensi dell'articolo 20, immediatamente eseguito dal questore.

Va detto che l'allontanamento del cittadino comunitario, attuabile solo per motivi di ordine e di sicurezza pubblica, dovrà comunque risultare conforme ai criteri stabiliti dalle direttive 64/221/CEE e 2004/38/CE, recepite nel nostro ordinamento con l'art. 20 d. lgs. n. 30/2007, secondo cui “i provvedimenti di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità ed in relazione a comportamenti della persona, che rappresentino una minaccia concreta e attuale tale da pregiudicare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica. La esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti”; “nell'adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o

di pubblica sicurezza, si tiene conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, del suo stato di salute, della sua situazione familiare e economica, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dell'importanza dei suoi legami con il Paese d'origine". E' palese, dunque, che ci troviamo dinanzi ad una disciplina di favore, dettata peraltro unicamente allo scopo di bandire "certi cittadini comunitari, promossi in sede europea - agli occhi dei più - nonostante il brutto voto in condotta"⁵⁰³.

Infine, gli artt. 235 e 312 c.p., come modificati nel 2008, sanzionano il trasgressore dell'ordine di espulsione od allontanamento, adottato in funzione di misura di sicurezza, con la reclusione da uno a quattro anni⁵⁰⁴. L'applicazione della misura di sicurezza, nell'art. 312 c.p., è legata al titolo dei reati (contro la personalità dello Stato) contestati allo straniero, mentre nell'art. 235 c.p. essa dipende dall'entità della reclusione irrogata.

Entrambe le fattispecie sembrano poste a tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie.

La modifica è stata giudicata poco rilevante⁵⁰⁵, poiché in base al testo previgente lo straniero, in tali situazioni, sarebbe stato comunque punibile "con le sanzioni stabilite dalle leggi di sicurezza pubblica per il caso di contravvenzione all'ordine di espulsione emanato dall'autorità

⁵⁰³ Così, ma con riferimento alla nuova portata soggettiva dell'art. 235 c.p., F. VIGANO - M. VIZZARDI, *Pacchetto Sicurezza ed espulsioni: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 7, p. 814.

⁵⁰⁴ Ai sensi dell'art. 235 c.p., "il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato alla reclusione per un tempo superiore ai due anni. Il trasgressore dell'ordine di espulsione od allontanamento pronunciato dal giudice è punito con la reclusione da uno a quattro anni. In tal caso è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto, anche fuori dei casi di flagranza, e si procede con rito direttissimo".

Secondo l'art. 312 c.p., invece, "il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro sia condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti preveduti da questo titolo. Il trasgressore dell'ordine di espulsione od allontanamento pronunciato dal giudice è punito con la reclusione da uno a quattro anni. In tal caso è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto, anche fuori dei casi di flagranza, e si procede con rito direttissimo".

⁵⁰⁵ Tra gli altri, G. GATTA, *Modifiche in tema di espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato*, in AA.VV., *"Decreto sicurezza" : tutte le novità*, Milano, 2008, pp. 55-56.

amministrativa”, ossia *ex art. 13 co. 13 t.u.*, e quindi nella medesima misura. Un aggravamento sanzionatorio sarebbe stato ravvisabile solo per il cittadino comunitario, per il quale - in assenza di tali disposizioni - si sarebbe dovuto far riferimento, invece, al trattamento più mite previsto dall’art. 20 co. 14 d. lgs. n. 32 /2008⁵⁰⁶.

Ma l’introduzione di questa fattispecie va letta in maniera coordinata con il contemporaneo abbassamento del limite di pena detentiva che consente l’applicazione della misura di sicurezza dell’espulsione *ex art. 235 c.p.*; infatti, la disciplina preesistente prevedeva l’applicabilità della misura di sicurezza dell’espulsione solo in caso di condanna a reclusione non inferiore a dieci anni, oggi diminuiti a soli due. E’ vero dunque che alla trasgressione all’ordine di espulsione od allontanamento è applicabile lo stesso trattamento sanzionatorio precedente alla riforma, ma l’applicazione della misura di sicurezza, che è il presupposto del suddetto reato, da strumento eccezionale di contrasto nei confronti delle forme più gravi di criminalità, si è ormai trasformato in normale *surplus* di reazione nei confronti dello straniero che delinque⁵⁰⁷.

Nei reati connessi all’espulsione - che autorevole dottrina ha collocato a metà tra le condotte poste in essere in assenza della necessaria autorizzazione e le condotte di inosservanza di un provvedimento amministrativo⁵⁰⁸ - il bene

⁵⁰⁶ Se ne riporta il testo per comodità del lettore : “Il destinatario del provvedimento di allontanamento che rientra nel territorio nazionale in violazione del divieto di reingresso, è punito con la reclusione fino a due anni, nell’ipotesi di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato, ovvero fino ad un anno, nelle altre ipotesi. Il giudice può sostituire la pena della reclusione con la misura dell’allontanamento immediato con divieto di reingresso nel territorio nazionale, per un periodo da cinque a dieci anni. L’allontanamento è immediatamente eseguito dal questore, anche se la sentenza non è definitiva.”

⁵⁰⁷ Sui vincoli che il provvedimento di espulsione deve comunque rispettare, cfr. F. VIGANO’- M. VIZZARDI, *Pacchetto Sicurezza ed espulsioni: intenti legislativi e vincoli europei*, cit., p. 815: “Rispetto poi alla generalità degli stranieri (comunitari o extracomunitari che siano), il provvedimento di espulsione disciplinato all’art. 235 c.p. incontrerà una serie di ulteriori limiti applicativi, ricavabili dalla lettura congiunta dell’art. 19 d.lgs. 286/1998 con l’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo”.

⁵⁰⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., p. 180. E, tuttavia, la Consulta ha giudicato “manifestamente infondata, in riferimento agli art. 2 e 3 cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 13 comma 13 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dall’art. 12 l. 30 luglio 2002 n. 189, nella parte in cui predispone, per ipotesi riconducibili all’art. 650 c.p., pene maggiorate per la mera condizione di migrante del destinatario della sanzione rispetto ai cittadini residenti. Premesso che il potere di configurare le singole ipotesi criminose e di determinarne la pena, come pure quello di abrogare le varie previsioni punitive, rientra nella discrezionalità del legislatore, censurabile, in sede di sindacato

oggetto di tutela è individuato generalmente nel rispetto delle norme in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri, funzionale al controllo e alla gestione dei flussi migratori e più in generale alla tutela dell'ordine pubblico, nonché nei peculiari interessi sottesi alle singole ipotesi di espulsione (rispetto del provvedimento dell'autorità amministrativa, giudiziaria ecc.)⁵⁰⁹. Ma questi non sembrano potersi qualificare di per sé come beni giuridici, quanto piuttosto come *rationes* di tutela ideologicamente orientate ad interessi contingenti.

In casi simili - così come si vedrà anche nel paragrafo seguente - ci si troverebbe addirittura dinanzi ad un'anticipazione di tutela rispetto alle, pur inafferrabili, categorie dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Si tratta del diffuso fenomeno dell'amministrativizzazione del diritto penale, di cui sono diretta espressione l'abuso di fattispecie di pericolo astratto e presunto, di reati senza bene giuridico e di illeciti di posizione e l'utilizzazione della norma penale in funzione meramente sanzionatoria dell'inosservanza di date discipline amministrative.⁵¹⁰ In maniera convincente, si è parlato in proposito di “delitti contravvenzionali”⁵¹¹.

Ma una tale amministrativizzazione della tutela penale implica un'inaccettabile relativizzazione del rango costituzionale della libertà personale⁵¹².

di legittimità costituzionale, soltanto nel caso in cui sia stata esercitata in modo manifestamente irragionevole, deve escludersi che tale ultima evenienza si verifichi nella specie, in quanto il confronto tra la fattispecie impugnata e il reato di cui all'art. 650 c.p. è incongruo, attesa l'evidente diversità esistente tra la generica inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e la trasgressione dello specifico divieto di rientrare nel territorio nazionale conseguente al provvedimento di espulsione emesso nei confronti dello straniero, diversità che dà ragione del differente trattamento sanzionatorio, mentre, per ciò che riguarda il diritto a permanere sul territorio nazionale, la posizione giuridica dello straniero è diversa rispetto a quella del cittadino” (Corte Cost., 1 luglio 2005, n. 261, in *Giur. cost.*, 2005, 4).

⁵⁰⁹ Sulla questione, v. L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 114.

⁵¹⁰ C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, cit., p. 228. In argomento, sul piano generale, cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 343 ss.

⁵¹¹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 113.

⁵¹² Cfr. da ultimo sul punto, A. CAVALIÈRE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 173.

Sarebbe opportuno, invece, che la disciplina del soggiorno abbandonasse il suo carattere di strumento di tutela dell'ordine pubblico, per assumere quello di precisazione dei diritti e dei doveri che fanno capo a chi vive stabilmente nel territorio dello Stato⁵¹³.

1.4. L'illecito trattenimento nel territorio dello Stato, la recente direttiva rimpatri e la l. 2 agosto 2011, n. 129

Ulteriori e più dibattute fattispecie di reato, legate all'illecito trattenimento nel territorio dello Stato, sono previste dagli artt. 14 co. 5 *ter* e 5 *quater*, in funzione sanzionatoria del precetto di cui all'art. 14 co. 5 *bis*. Viene sancita la punibilità dello straniero che senza giustificato motivo permanga illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine d'allontanamento impartito dal questore; ordine che viene emesso quando, come per lo più avviene, non è stato possibile né accompagnare coattivamente lo straniero alla frontiera, né trattenerlo in un C.I.E; ovvero, quando la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'espulsione o il respingimento⁵¹⁴.

Originariamente, vigente la legge Martelli, la giurisprudenza ritenne l'assoluta irrilevanza penale dell'inottemperanza all'intimazione di lasciare il territorio dello Stato, reputando peraltro inapplicabile il disposto di cui all'art. 650 c.p. Nello stesso testo unico, anche in virtù dei limiti alla possibilità di criminalizzazione di comportamenti non collaborativi messi in luce dalla Consulta⁵¹⁵, l'introduzione di una fattispecie siffatta apparve inadeguata.⁵¹⁶

Tuttavia, cambiando rotta, il legislatore italiano, sin dalla legge Bossi-Fini del 2002, ha scelto di 'puntare' sul diritto penale per sanzionare direttamente lo straniero la cui presenza nel territorio nazionale sia irregolare,

⁵¹³ Così AA.VV., *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1996, 3-4, p. 897.

⁵¹⁴ G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, cit., p. 1334.

⁵¹⁵ Corte Cost., 13 febbraio 1995, n. 34, cit. (v. *supra*, nota 209).

⁵¹⁶ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 175 ss.

scegliendo altresì l'accompagnamento coattivo - e non più l'intimazione allo straniero a lasciare il territorio dello Stato - quale mezzo ordinario di esecuzione dell'espulsione. “Consapevole della radicale insufficienza di mezzi e di risorse finanziarie per procedere direttamente al sistematico accompagnamento alla frontiera degli stranieri irregolari, il legislatore italiano mira - almeno sulla carta - a rafforzare l'effettività del meccanismo espulsivo, agitando la minaccia delle severe pene detentive di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater* del t.u., per indurre lo straniero colpito da un provvedimento di espulsione alla partenza volontaria. Le incriminazioni in parola vengono così a configurare una sorta di intervento incidentale del diritto penale all'interno della procedura di espulsione amministrativa dello straniero, allo scopo di assicurarne l'*enforcement*, o quanto meno, secondo una più realistica prospettiva, di isolare il più possibile il 'clandestino' dal contesto sociale attraverso la sua reclusione in carcere, in attesa che ne divenga possibile l'allontanamento forzato”⁵¹⁷.

La l. n. 189/2002, dunque, aveva costruito - per le ipotesi di impossibilità di eseguire l'espulsione attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera e, in seconda battuta, la detenzione amministrativa nei centri di identificazione ed espulsione - un meccanismo imperniato sul passaggio dall'espulsione amministrativa (fallita) all'ordine di allontanamento emesso dal questore, dall'incriminazione - a titolo di contravvenzione - dell'inosservanza di quest'ordine all'arresto dello straniero inottemperante, dal giudizio direttissimo fino nuovamente (almeno sulla carta) all'espulsione⁵¹⁸.

E tuttavia la Consulta dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 14 co. 5 *quinquies* t.u., nella parte in cui stabiliva che per il reato previsto dal comma 5 *ter* del medesimo art. 14 fosse obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto. La misura precautelare prevista dall'art. 14 co. 5 *quinquies* t.u., non

⁵¹⁷ L. MASERA - F. VIGANO', *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri Ue": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 5, p. 1710. Di “asservimento” all'attività amministrativa parla anche, tra i tanti, M. WINKLER, *Il caso EL DRIDI al vaglio della Corte di Giustizia: verso una gestione “più umana” dei rimpatri di stranieri irregolari in Italia?*, cit., p. 1488.

⁵¹⁸ A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, cit., pp. 11-12.

essendo finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo, si risolveva in una limitazione provvisoria della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed era quindi manifestamente irragionevole, con conseguente violazione degli art. 3 e 13 Cost.; né la previsione dell'arresto in flagranza per il reato di cui all'art. 14 co. 5 *ter* costituiva un presupposto del procedimento amministrativo di espulsione, atteso che l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento in un centro di permanenza temporanea erano autonomamente previsti nei commi 5 *ter* e 5 *quinqüies* dell'art. 14 - con riferimento alle discipline descritte nell'art. 13 commi 4 e 5 *bis* -, e nello stesso art. 14 comma 1, operanti a prescindere dal previo arresto dello straniero⁵¹⁹.

Mosso dal fine di eludere la decisione della Corte, il legislatore, con la l. n. 271/ 2004, ha inasprito fortemente le sanzioni per i vari reati collegati all'espulsione, trasformandoli tendenzialmente da contravvenzioni in delitti, così generalizzando la previsione dell'arresto obbligatorio⁵²⁰ (solo l'ipotesi dell'espulsione per mancata richiesta del rinnovo entro sessanta giorni rimaneva ancora contravvenzionale) : “Il considerevole inasprimento del trattamento sanzionatorio finiva per riflettere un disvalore del fatto del tutto sganciato dalla mera inosservanza di un provvedimento dell'autorità, rispetto al quale l'ordinamento penale già conosceva diverse ipotesi di reato, generalmente contravvenzionali, non sanzionate peraltro in modo così draconiano. Il disvalore non sta, infatti, nella mera inottemperanza ad un ordine, quanto piuttosto nello *status* di irregolarità sul quale si fonda la presunzione di pericolosità dell'immigrato”⁵²¹. D'altronde, la volontà elusiva è confermata dal dato per cui dall'introduzione del reato nel 2002 era trascorso un lasso di tempo troppo esiguo per ritenere la normativa inefficace perché blanda o per considerare profondamente modificato il fenomeno da disciplinare⁵²². Tale ‘ingiustificata’ sproporzione è stata peraltro acuita dal fatto che l'applicazione del comma 5 *ter* dell'art. 14 - che avrebbe dovuto avere

⁵¹⁹ Così, Corte cost., 15 luglio 2004, n. 223, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4 ss.

⁵²⁰ In proposito, v. C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione : il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Crit. dir.*, 2005, 2-3-4, p. 228 ss.

⁵²¹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 247.

⁵²² E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 269.

carattere residuale e sussidiario rispetto al procedimento espulsivo - ha assunto dimensioni considerevoli⁵²³.

Evidentemente - data la contiguità tra le fattispecie - all'inasprimento dell'ipotesi di cui all'art. 14 co. 5 *ter* corrispondeva quello della disciplina di cui al comma 5 *quater*, così delineando una sorta di progressione o meglio spirale criminosa⁵²⁴.

A sua volta, il pacchetto sicurezza 2009, da un lato, elevava a delitto l'ipotesi di reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, secondo periodo - relativo all'ipotesi in cui l'ordine di allontanamento rimasto inosservato sia stato emesso perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo - che in precedenza costituiva una mera contravvenzione e che, dopo tale intervento, veniva invece punita con la reclusione da sei mesi a un anno; e, dall'altro, inseriva altresì nel comma 5 *ter* primo periodo - che atteneva all'inosservanza dell'ordine disposto per ingresso illegale nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. a) e c) t.u., ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno, ovvero perché questo è stato revocato o annullato - un espresso riferimento al respingimento, che si affiancava alle ipotesi di espulsione amministrativa nel novero dei provvedimenti-presupposto delle condotte di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore punite con la reclusione da uno a quattro anni; nonché il riferimento all'ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore da parte dello straniero trattenutosi nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, comma 3, della l. n. 68 del 2007 relativo alla dichiarazione della propria presenza in caso di soggiorni di breve durata e al trattenimento 'fuori termini'. Secondo alcuni Autori, addirittura, la sostituzione del verbo 'trattenersi' con il 'permanere' avrebbe determinato "la riduzione del potere del giudice di sindacare la legittimità dell'ordine, sussistendo il reato anche in conseguenza della illegalità della permanenza, a prescindere dalla legittimità formale dell'ordine questorile, relegato nella sua funzione

⁵²³ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 283.

⁵²⁴ In proposito, v. S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 149.

meramente esecutiva di una condizione di illegalità della permanenza desumibile *aliunde*⁵²⁵ : ma tale interpretazione - come si vedrà - va evitata.

Ancora, al comma *5-ter* veniva aggiunto un nuovo periodo, in forza del quale, qualora non fosse stato possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario dell'espulsione per violazione dell'ordine di allontanamento, trovavano applicazione le disposizioni di cui ai commi 1 e *5-bis*, sicché lo straniero avrebbe potuto essere trattenuto nei centri di identificazione e di espulsione e, in seconda battuta, si sarebbe potuto reiterare nei suoi confronti l'ordine di allontanamento; in quest'ultimo caso, lo straniero “che continua(ss) a permanere illegalmente nel territorio dello Stato” sarebbe stato punito con la reclusione da uno a cinque anni ai sensi del nuovo comma *5-quater* dell'art. 14 t.u.

A sua volta, fino al 2009, il co. *5 quater* dell'art. 14 t.u. - relativo all'“inottemperanza reiterata” ed appartenente alla categoria dei reati di violazione del divieto di reingresso, dai quali si distingue per il rapporto specifico con la fattispecie di cui all'art. 14 co. *5 ter*⁵²⁶ - nel prevedere che “lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma *5-ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma *5-bis*, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni” poneva principalmente due ordini di problemi. Il primo era dato dall'inspiegabile assenza della, pur discrezionale ed eccessivamente elastica, clausola del “senza giustificato motivo”; il secondo, dalla propensione della disposizione a creare un circuito di illiceità perpetua.⁵²⁷ Si legittimava infatti “la possibilità di una spirale di condanne nei confronti dello straniero,

⁵²⁵ G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, cit., pp. 77-78.

⁵²⁶ Cass. Pen., sez. I, 16 settembre 2003, n. 41304, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2984 : “In tema di immigrazione clandestina, la configurabilità del reato di cui all'art. 14 comma *5 quater* t.u. approvato con d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, previsto a carico dello straniero espulso ai sensi del precedente comma *5 ter*, seconda parte, dello stesso articolo, il quale venga trovato nel territorio nazionale in violazione delle norme del citato T.u., postula che il provvedimento di espulsione sia stato effettivamente eseguito e che successivamente lo straniero sia indebitamente rientrato in Italia”.

⁵²⁷ Ugualmente, con riferimento all'art. 14 co. *5 ter* , V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 176 : “L'introduzione di tale reato, infatti, sembrerebbe garantire, una sorta di processabilità, diffusa su tutto il territorio, dello straniero espulso, per effetto del continuo perpetuarsi dello stato di flagranza”.

destinatario di n. provvedimenti di allontanamento, che continui a permanere illegalmente nel nostro Paese”; possibilità negata dalla Cassazione nell'assetto normativo precedente alla riforma del 2009, ”ma che dopo di essa, piaccia o meno, ci sembra imposta dalla lettera della legge, che è però in contrasto con la Costituzione”⁵²⁸.

Nel tempo, in numerose occasioni era stato sollecitato un intervento della Consulta, la quale peraltro con sent. n. 22 / 2007⁵²⁹ - nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 14 comma 5 *ter* e *quinquies* - aveva affermato, sia pure in via incidentale, che “il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”. E, tuttavia, essa ribadiva che “non poteva, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nell'attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate. Né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un'altra,

⁵²⁸ G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1335. In precedenza, invece, vi era anche chi reputava che nei confronti dello straniero già condannato per il delitto di cui al comma 5 *ter* e non allontanato, non potesse essere emessa una nuova intimazione a lasciare il Paese, con impossibilità di realizzazione di un nuovo illecito di inosservanza; in proposito, v. Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2006, n. 20374, in *Guida al dir.*, 2006, 27, p. 95 ss., secondo cui «in tema di disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione clandestina, dopo una prima condanna per l'inosservanza da parte dello straniero dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato, il questore ha il dovere di procedere “in ogni caso” all'esecuzione immediata della nuova espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, mentre, qualora ciò non sia possibile, ha il dovere di disporre il trattenimento dello straniero “per il tempo strettamente necessario” presso un centro di permanenza. Ne consegue che, dopo la commissione di un primo reato *ex art.* 14 comma 5 *ter* d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non può esserne commesso un secondo, dovendo la nuova espulsione essere eseguita solo mediante accompagnamento coattivo alla frontiera».

⁵²⁹ Corte Cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 1, p. 177.

senza l'esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta”; né poteva dichiarare l’illegittimità costituzionalità degli artt. 14 comma 5 *ter* e *quinquies* ai sensi dell’art. 3 Cost. per discriminazione rispetto ad altre fattispecie, in quanto il suo giudizio “può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio. Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore”⁵³⁰.

La l. n. 129/ 2011, tuttavia, ha radicalmente modificato il contenuto di queste disposizioni, anche per porre rimedio al contrasto, venutosi a creare con i principi e con l’obiettivo (ossia l’espulsione dello straniero) della direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri) - il cui contenuto si è analizzato nel primo capitolo -, che già era emerso nelle decisioni di taluni giudici di merito che a tale direttiva avevano dato applicazione diretta.

I maggiori profili di frizione - prontamente rilevati da attenta dottrina - erano i seguenti : il t.u. configurava come regola l’accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 14 co. 1), 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 t.u. prevedeva che venisse disposto il trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione (art. 14 co. 1 t.u.), senza che fossero previste misure coercitive meno lesive della libertà personale, in contrapposizione all’ottica gradualistica cui è invece informata la direttiva; nell’ipotesi in cui non sia nemmeno possibile procedere al trattenimento, il t.u. prevedeva che venisse notificato allo straniero un ordine

⁵³⁰ Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22, cit., p. 178. Per un’interessante nota a questa pronuncia, v. G. RICCARDI, *Il “pendolarismo” della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza : a proposito dell’irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell’immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2007, 1, p. 48 ss.

di allontanamento emanato dal questore, da adempiere nel termine di cinque giorni per lasciare il territorio nazionale, che a sua volta era inferiore al termine minimo di sette giorni stabilito dalla direttiva; il t.u. all'art. 14 co. 5-ter e 5-quater introduceva un meccanismo che consentiva la detenzione dello straniero - e dunque la privazione della sua libertà personale - in un istituto penitenziario per un periodo che poteva risultare superiore al limite massimo di diciotto mesi fissato dalla direttiva per il trattenimento in un centro di permanenza temporanea o in un istituto penitenziario, in conseguenza della mera inosservanza dell'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato, non accompagnata da condotte altrimenti criminose; infine, l'obiettivo ultimo della direttiva, ossia un'espulsione 'rapida ed indolore', pareva frustrato dal fenomeno cd. delle incriminazioni a catena : impossibilità di eseguire l'espulsione - ordine di allontanamento del questore ai sensi del co. 5 bis - inosservanza e successiva reclusione - nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera ai sensi dello stesso co. 5 ter - accompagnamento tendenzialmente impossibile - nuovo trattenimento in un C.I.E. - nuovo ordine di allontanamento - sanzione ai sensi del art. 14 co. 5 quater ecc.⁵³¹. Si tenga presente, inoltre, che per i delitti di cui si discute era previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 14 co. 5 quinquies) ed era consentita la custodia cautelare in carcere.

Parte della dottrina riteneva che fosse compito del giudice italiano, alla scadenza del termine d'attuazione della direttiva, disapplicare le norme interne in contrasto con essa : infatti, si affermava che, allorché il giudice penale riconosca che l'applicazione di una data norma incriminatrice contrasti con i diritti riconosciuti al singolo da una direttiva sufficientemente precisa (e questo sarebbe il caso della direttiva rimpatri, giudicata assolutamente precisa nell'individuare, agli artt. 15-18, presupposti, modalità esecutive e termini massimi della compressione della libertà personale dello

⁵³¹ Su questi profili di contrasto, F. VIGANO', *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, Relazione ad un incontro di studio in data 20 dicembre 2010 presso il Tribunale di Milano, pubblicato su www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2010; nonché, F. VIGANO', L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss.

straniero), egli sia tenuto a non applicare la norma incriminatrice, la quale comprime ormai indebitamente la sfera di libertà del singolo, in contrasto con gli obblighi discendenti a carico dello Stato (e in favore del singolo) dalla direttiva non attuata⁵³².

In linea con tale orientamento, parte della giurisprudenza ha direttamente disapplicato le disposizioni di cui all'art. 14 comma 5 *ter* e *quater* utilizzando la formula dell' "assoluzione perché il fatto non sussiste"⁵³³; altre

⁵³² Così, F. VIGANO', *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, cit., § 8, "l'alternativa è semplice (...) Se agli artt. 15 e 16 della direttiva (insisto sino alla nausea, chiedendo scusa al lettore, sull'esigenza di circoscrivere il campo a queste due sole norme!) si riconosce idoneità a spiegare effetti diretti nell'ordinamento degli Stati membri, allora il compito spetterà direttamente e unicamente al giudice ordinario, risultando in radice inammissibile una questione di legittimità costituzionale avente un simile oggetto; e ciò in forza dei principi costantemente enunciati dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 170/1984. Se, invece, si ritenesse di negare effetto diretto alla norme della direttiva in questione, allora la risoluzione del conflitto tra una norma di legge e la norma comunitaria dovrebbe essere sottoposta alla Corte costituzionale, sulla base del doppio parametro rappresentato dagli artt. 11 e 117 co. 1 Cost., secondo il modello recentemente adottato – ad es. – dalla sentenza n. 28/2010". L'Autore, premesso che la sentenza della Corte di giustizia (Commissione c. Consiglio) del 2005, anteriore dunque al Trattato di Lisbona, aveva in gran parte esteso il potere delle istituzioni europee di imporre obblighi di criminalizzazione agli Stati membri - al di là del cd. terzo pilastro - anche allo stesso diritto comunitario, ed in particolare alle direttive, precisa che nel caso di specie il prospettato effetto di riduzione dell'area del penalmente rilevante, tramite il riconoscimento di un diritto individuale da parte del diritto comunitario, non presuppone alcuna "competenza penale" in capo all'Unione europea, trattandosi di un meccanismo consolidato da epoca ben anteriore a quella in cui l'Unione europea ha cominciato ad interessarsi *ex professo* del diritto penale: " Rispetto alla direttiva rimpatri, dunque, il nodo problematico reale (sul quale tornerò in risposta alla quarta obiezione) è unicamente quello di stabilire se i suoi articoli 15 e 16 fondano davvero un diritto soggettivo in capo allo straniero di non essere sottoposto a limitazioni della propria libertà personale durante la procedura amministrativa di rimpatrio diverse ed ulteriori rispetto a quelle disciplinate dalle disposizioni medesime: giacché, se la risposta fosse affermativa, non vi sarebbe alcun dubbio per il giudice italiano sulla necessità di disapplicare tutte le norme interne, anche se di natura penale, che indebitamente limitassero questo diritto".

⁵³³ Procura della Repubblica di Firenze, decr. 7 gennaio 2011; Trib. Torino, 5 gennaio 2011; Trib. Torino, 8 gennaio 2011; da ultimo, Trib. Torino, III sez pen., 20 gennaio 2011, El B.M., tutte consultabili su www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo cui "il giudice nazionale ha l'obbligo di dare applicazione nelle controversie pendenti avanti a sé, comprese quelle di natura penale, alle norme di diritto UE dotate di effetto diretto, tra le quali rientrano le direttive di cui sia inutilmente scaduto il termine di attuazione che prevedono, anche solo in parte, misure precise, chiare e incondizionate, ed ha altresì l'obbligo di applicare il diritto nazionale in modo conforme alla lettera e agli scopi del diritto dell'Unione, all'occorrenza non applicando le norme interne con esso incompatibili, senza che occorra sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con una norma UE dotata di effetto di diretto. Nel caso della direttiva 2008/115/CE, sono sicuramente dotati di effetto diretto l'art. 7 § 1, che prevede come modalità normale di

pronunce - con una soluzione intermedia - hanno stimato l'idoneità della direttiva a determinare l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi presupposti in queste incriminazioni⁵³⁴. In senso contrario, pur riscontrando

esecuzione del provvedimento espulsivo la partenza volontaria entro un termine non inferiore a sette giorni, e l'art. 15, che disciplina i requisiti di legittimità del trattenimento amministrativo dello straniero in attesa di rimpatrio: sicché qualora il giudice interno rilevi un contrasto tra tali disposizioni e le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater*, è tenuto a disapplicare queste ultime in ragione dell'effetto di inibizione degli effetti della norma interna derivante dalla presenza di una norma comunitaria dotata di effetto diretto contrastante con la disposizione nazionale". *Contra*, Trib. Verona, 18 gennaio 2011, Ayari Sami, consultabile su www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo cui "la Direttiva 2008/115/CE non è autoapplicativa per le norme incidenti su disposizioni di rilievo penale nazionali, atteso che rimette allo Stato di dettare la complessiva normativa di dettaglio che attui le singole disposizioni. L'interpretazione secondo cui per effetto della Direttiva 2008/115/CE le sanzioni penali previste dall'ordinamento italiano per l'inottemperanza ad ordini di espulsione sarebbero da ritenersi abrogate perché in contrasto con la normativa comunitaria, è del tutto errata in quanto: a) la direttiva non ha ad oggetto il tema relativo agli interventi sanzionatori di natura penale previsti dal diritto interno, tanto che la stessa direttiva esclude dal proprio ambito applicativo la disciplina dell'espulsione quale sanzione penale; b) la direttiva si occupa esclusivamente della disciplina riguardante le procedure di rimpatrio dei cittadini extracomunitari irregolarmente soggiornanti, al cui interno si colloca anche la disciplina del trattenimento, ma non ha alcuna incidenza sulla legittimità delle misure penali di contrasto adottate dagli Stati membri nei confronti dello straniero clandestino, stante la radicale diversità tra l'istituto del trattenimento e la sanzione detentiva applicata dal giudice penale quale conseguenza del reato di cui all'art. 14 co. 5 *ter*"; nonché, Trib. Verona, 20 gennaio 2011, T.D.; analogamente, Trib. Milano, 18 gennaio 2011, secondo cui «in forza delle disposizioni transitorie del Trattato di Lisbona gli atti adottati anteriormente (il Trattato è entrato in vigore il 1 dicembre 2009, mentre la direttiva in esame è stata approvata nel 2008) continuano ad applicarsi secondo la valenza ad essi attribuita prima dell'entrata in vigore del Trattato, con la conseguenza che il giudice non potrà procedere alla "disapplicazione" del reato di cui all'art. 14 co. 5 *ter* perché la materia penale non può essere considerata di rilevanza comunitaria»; v., altresì, Trib. Milano, 11 febbraio 2011 (ord.), secondo cui «non è possibile invocare il carattere di diretta applicabilità della direttiva comunitaria in senso "parziale", cioè nelle sole parti sufficientemente specificate».

⁵³⁴ Trib. Torino, 4 gennaio 2011; nonché, Trib. Torino, 3 gennaio 2011, consultabili su www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo cui "la procedura di esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero extracomunitario irregolarmente soggiornante nel territorio di uno Stato membro delineata dalla direttiva 2008/115/CE (ove si prevede come modalità normale di esecuzione del provvedimento espulsivo l'intimazione a lasciare lo Stato entro un termine non inferiore a sette giorni, e si prevede la possibilità di disporre il trattenimento dello straniero in un C.I.E. per un periodo massimo di diciotto mesi solo qualora non possano essere applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive) è radicalmente difforme dal sistema interno, ove invece è previsto come regola l'allontanamento coattivo dello straniero, non è prevista alcuna misura coercitiva diversa dal trattenimento in un C.I.E. e in caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento la configurabilità dei delitti di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e 5 *quater* consente una privazione della libertà personale dello straniero ben superiore a diciotto mesi: gli ordini di allontanamento che fungono da presupposto per la configurabilità di tali delitti, prevedendo un termine inferiore a sette giorni, sono dunque in contrasto con la direttiva comunitaria, e tale contrasto non viene meno anche qualora essi siano

che la disciplina interna è in insanabile contrasto con quella comunitaria, è stato rilevato che la normativa in questione non sarebbe da considerarsi *self-executing*, atteso che l'abrogazione di una fattispecie penale è atto insostituibile dell'ordinamento interno. La rimozione, dunque, potrebbe avvenire solo ad opera della Corte costituzionale; tuttavia, l'oggettivo contrasto tra la norma interna e la norma sovranazionale di rango costituzionale, integrerebbe un giustificato motivo quantomai oggettivo per la permanenza in Italia⁵³⁵.

stati emanati prima della scadenza della direttiva, in quanto il giudice è chiamato a verificare se, al momento del giudizio, ricorrano tutti i presupposti della fattispecie incriminatrice, ed il contrasto della disciplina interna con la normativa comunitaria si riflette inevitabilmente sul precetto penale"; v., Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011.

⁵³⁵ F. FOCARDI, *La direttiva rimpatri non ha effetto diretto: occorre l'intervento della Corte costituzionale (ma nell'attesa lo straniero ha un giustificato motivo a restare in Italia)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 gennaio 2011. Su questa posizione, v. anche T. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2011, per il quale «secondo l'assetto anteriore al Trattato di Lisbona le istituzioni comunitarie non hanno competenza ad emanare atti dotati di diretta efficacia penale nell'ordinamento dello Stato membro (quali regolamenti o direttive auto applicative). Tuttavia, norme comunitarie direttamente efficaci, emanate in materia di competenza comunitaria (come ad esempio la protezione dell'ambiente), in forza del principio di prevalenza del diritto comunitario su quello interno, possono influire sulle norme penali interne quando la fattispecie in esse prevista comprenda elementi normativi di fattispecie inclusi nelle norme incriminatrici statali, cioè elementi per definire i quali è necessario applicare norme stabilite per altre materie (civile, amministrativa, commerciale, ecc...). Quando la norma interna che consente di definire l'elemento normativo di fattispecie non può essere applicata (cd. "inapplicazione" o più impropriamente "disapplicazione" comunitaria) per contrasto con normativa comunitaria direttamente efficace (che, in quanto tale, si deve applicare in sua vece), il precetto penale non può ritenersi integrato, di tal che l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste (ad esempio, l'abrogazione dei dazi intracomunitari impedisce di integrare il contrabbando di merci importate in ambito comunitario) (...) Pertanto, anche ove si riconoscesse diretta efficacia alla direttiva comunitaria, questa comporterebbe "solo" la disapplicazione dell'atto amministrativo di allontanamento e mai la inapplicazione diretta della norma penale di cui all'art. 14 d. lgs. n.286/98, trattandosi di norma che, in quanto penale, prima del Trattato di Lisbona e in base al citato Protocollo sulle disposizioni transitorie, non rientra direttamente nell'ambito di rilevanza comunitaria (...) Deve peraltro dubitarsi che la direttiva rimpatri abbia efficacia diretta. Orbene, se appare chiaramente integrato il requisito della scadenza del termine per l'attuazione (effettivamente scaduto il 24 dicembre 2010), la parziale puntualità della disciplina della direttiva non consente di trascurare il fatto che la medesima non può ritenersi affatto incondizionata e precisa, per gli spazi lasciati alla discrezionalità del legislatore nazionale». E, tuttavia, non si condivide la posizione dell'Autore allorché afferma che "il contrasto tra norma comunitaria e norme interne deve, quindi, ritenersi con la procedura amministrativa di accompagnamento alla frontiera, senza che la direttiva impedisca che lo Stato, dato un termine per la partenza volontaria, sanzioni penalmente chi non ottemperi. In assenza di contrasto sembra, quindi, che non possano ritenersi esperibili in sede penale neppure le vie della pregiudiziale interpretativa o della questione di costituzionalità".

Altri giudici, invece, hanno scelto di sottoporre tale questione alla stessa Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione. Le questioni poste riguardavano la possibilità che “alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con la reclusione sino a quattro anni nell'ipotesi di inosservanza al primo ordine del Questore e con la reclusione sino a cinque anni per l'inosservanza agli ordini successivi (con contestuale obbligo per la polizia giudiziaria di procedere all'arresto in flagranza) in conseguenza della sua mera mancata cooperazione nella procedura di espulsione ed in particolare a seguito della mera inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa”⁵³⁶.

⁵³⁶ Trib. Milano, I sez. pen., 24 gennaio 2011; analogamente, Trib. Rovereto, 27 gennaio 2011; Corte App. Trento, 2 febbraio 2011, El Dridi Hassen; da ultimo, Cass. Pen., sez. I, 18 marzo 2011, n. 11050, Ngagne, che ha sottoposto i seguenti quesiti : “a) se l'art. 7, par. 1 e 4; l'art. 8, par. 1, 3 e 4; l'art. 15, par. 1, della Direttiva 2008/115/CE, devono essere interpretati nel senso che è precluso allo Stato membro, invertendo le priorità e l'ordine procedurale indicato da tali norme, di intimare allo straniero irregolare di lasciare il territorio nazionale quando non è possibile dare corso all'allontanamento coattivo, immediato o previo trattenimento; b) se l'art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, della Direttiva 2008/115/CE, deve essere quindi interpretato nel senso che è precluso allo Stato membro fare conseguire alla ingiustificata mancanza di collaborazione dello straniero al rimpatrio volontario, e per questa sola ragione, la sua incriminazione a titolo di delitto e una sanzione detentiva (reclusione) quantitativamente superiore (fino a dieci volte) rispetto al già esaurito o oggettivamente impossibile trattenimento a fini di allontanamento; c) se l'art. 2, par. 2, lettera b), della Direttiva 2008/115/CE, può essere interpretato, anche alla luce dell'art. 8 della Direttiva medesima e degli ambiti della politica comune individuati in particolare dall'art. 79 TFUE, nel senso che basta che lo Stato membro decida di configurare come reato la mancata cooperazione dello straniero al suo rimpatrio volontario, perché la Direttiva non trovi applicazione; d) se gli artt. 2, par. 2, lettera b), e 15, par. 4, 5 e 6, della Direttiva 2008/115/CE, devono essere all'inverso interpretati, anche alla luce dell'art. 5 della Convenzione EDU, nel senso che essi sono d'ostacolo alla sottoposizione dello straniero irregolare, per il quale non è oggettivamente possibile o non è più possibile il trattenimento, ad una spirale di intimazioni al rimpatrio volontario e di restrizioni della libertà che dipendono da titoli di condanna per delitti di disobbedienza a tali intimazioni; e) se, conclusivamente, anche alla luce del decimo ‘*considerando*’, del previgente art. 23 C.A.A.S., delle raccomandazioni e degli orientamenti richiamati in premessa dalla Direttiva 2008/115, dell'art. 5 della Convenzione EDU, è possibile affermare che l'art. 7, par. 1 e 4, l'art. 8, par. 1, 3 e 4, l'art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, conferiscono valore di regola ai principi che la restrizione della libertà ai fini del rimpatrio va considerata alla stregua di *extrema ratio* e che nessuna misura detentiva è giustificata se collegata a una procedura espulsiva in relazione alla quale non esiste alcuna prospettiva ragionevole di rimpatrio”.

Ebbene, la Corte di giustizia - che si è pronunciata secondo la procedura pregiudiziale d'urgenza - ha dichiarato incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14 co. 5 *ter* t.u. Nell'ormai nota sentenza *El Dridi*⁵³⁷, infatti, la Corte, riconosciuto l'effetto diretto alle pertinenti disposizioni della direttiva - in particolare dei suoi artt. 15 e 16 -, osserva che l'art. 8 § 4 della direttiva stessa consente allo Stato di adottare tutte le misure coercitive indispensabili per eseguire la decisione di rimpatrio mediante l'allontanamento dello straniero, comprese misure di carattere penale, e, tuttavia, queste ultime dovranno risultare compatibili con il diritto dell'Unione e non dovranno comunque essere tali da "compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile". Nel caso di specie, la Corte giudica che il rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti non siano stati rispettati : «L'accento della Corte, in queste battute conclusive della sentenza, sulla disfunzionalità della sanzione penale rispetto all'obiettivo dell'allontanamento dello straniero è ben comprensibile: in una fase non facile delle relazioni tra il nostro Paese e l'Unione europea proprio sulla materia dell'immigrazione, a fronte di ondate migratorie verso le coste italiane sulle quali il governo italiano non cessa negli ultimi mesi di richiamare l'attenzione, la Corte ha inteso evitare di enfatizzare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, *in primis* della libertà personale, dello straniero "irregolare", preferendo censurare il nostro Paese per la sua inefficienza nel conseguimento dell'obiettivo imposto dalla direttiva di allontanarlo dal territorio nazionale»⁵³⁸. La decisione, relativamente al profilo del rispetto dei diritti umani, sembra invece fondarsi sul dato per cui il trattenimento disciplinato nel dettaglio dagli articoli 15 e 16 della direttiva è "la

⁵³⁷ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, causa C-61/11 PPU, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 3, 946.

⁵³⁸ F. VIGANO', L. MASERA, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., § 4.

misura più restrittiva della libertà che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo” e non si può andare oltre⁵³⁹.

Dunque, la finalità dell'allontanamento dello straniero irregolarmente soggiornante prevale su quella della punizione per la trasgressione all'ordine di allontanamento. Quindi, le sanzioni previste dagli Stati devono dissuadere lo straniero dal rimanere in condizione irregolare e concorrere all'allontanamento. Gli Stati, infatti, devono continuare a perseguire l'allontanamento anche dopo che siano stati esperiti senza successo tutti i mezzi previsti dalla direttiva (in quanto la decisione di rimpatrio continua a produrre i propri effetti anche dopo che gli Stati abbiano adottato le suddette misure). In tale contesto, la mera irregolarità del soggiorno non può dunque essere sanzionata con una pena detentiva : “Infatti, se la finalità della pena fosse quella di garantire l'allontanamento, onde evitare il rischio di fuga, la sanzione sarebbe in palese contrasto con la disposizione che impone che il trattenimento non ecceda la durata massima di diciotto mesi⁵⁴⁰. Se, invece, la finalità fosse quella della punizione dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento, la sanzione sarebbe comunque contrastante con la direttiva che impone di fare tutto il possibile per garantire l'allontanamento, mentre la detenzione in carcere per minimo un anno impedisce l'allontanamento almeno per tutta la durata della detenzione”⁵⁴¹.

Sulla scia della pronuncia della Corte di Giustizia, la Cassazione ha ritenuto che l'obbligo per il giudice di disapplicare, per contrasto con gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, la norma incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 *ter* t.u., comportasse l'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna impugnata posto che detto fatto non è previsto dalla legge come reato⁵⁴². Analogamente, in relazione all'ipotesi di cui all'art. 14 co. 5 *quater*

⁵³⁹ E, dunque, non sarebbero neanche ammissibili riqualificazioni del fatto contestato all'imputato ai sensi di norme incriminatrici che comportino comunque una sanzione detentiva (ad es. la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.).

⁵⁴⁰ Ed, infatti, le ipotesi delittuose in esame prevedono una pena che va fino ad un massimo di cinque anni di reclusione, irrogabile in esito ad una condanna penale che interviene nel corso di un procedimento di espulsione amministrativa (e che evidentemente può estendersi al di là del limite complessivo di diciotto mesi fissato dall'art. 15 § 6 della direttiva).

⁵⁴¹ C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Dir. Pen. proc.*, 2011, 7, p. 905.

⁵⁴² Cass. Pen., sez. I, 29 aprile 2011, n. 18586, in *Foro it.*, 2011, 9, II, p. 448 ss. Per i fatti di inottemperanza iniziati prima della scadenza del termine per l'attuazione della direttiva

t.u., la Cassazione ha affermato che l'efficacia diretta nell'ordinamento interno della direttiva 2008/115/CE, che osta al trattamento penale del soggiorno irregolare dello straniero conseguente soltanto alla violazione di un ordine di allontanamento dallo Stato, comporta la disapplicazione anche della norma incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 *quater* t.u., il che si risolve in una sostanziale *abolitio criminis*, rilevabile dalla Corte di cassazione, ai fini dell'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna per non essere il fatto più previsto come reato, pur se sia intervenuta *medio tempore* rinuncia al ricorso da parte dell'imputato.⁵⁴³

Ad ogni modo, l'obbligo di disapplicare la norma interna contrastante, che discende dall'effetto c.d. di esclusione riconducibile all'effetto diretto, non equivaleva a quello di applicare le disposizioni della direttiva in luogo di quelle nazionali ad essa difformi, che discende dall'effetto c.d. di sostituzione : ciò perché, se anche la direttiva contiene previsioni chiare, precise ed incondizionate quanto alla tutela che i singoli possono vantare, solo l'intervento legislativo volto alla trasposizione della direttiva può consentire l'operatività delle misure coercitive da essa prescritte, alle condizioni ivi indicate. Ne discende che se la sentenza della Corte, imponendo l'obbligo di disapplicazione, eliminava le forti incertezze che caratterizzavano, come detto, il panorama giurisprudenziale italiano, e le conseguenti discriminazioni

rimpatri, a questo punto, dovrebbe essere pronunciata sentenza di assoluzione “perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato”, in quanto – ritenendo la Corte sussistente una sostanziale *abolitio criminis* - l'esito della non punibilità sarebbe l'effetto della applicazione retroattiva della nuova (più favorevole) situazione normativa; tale conclusione, secondo F. VIGANO', L. MASERA, *Addio articolo 14*, cit., §§ 5 e 7, sarebbe stata raggiungibile anche senza voler parlare di *abolitio*, in quanto l'art. 2 co. 2 c.p. non si riferirebbe esplicitamente all' *abolitio criminis*, ma si limiterebbe a stabilire che “nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato”, laddove l'espressione “legge” comprenderebbe anche le norme di diritto dell'Unione dotate di effetto diretto : «Il “fatto” di inottemperanza all'ordine di allontanamento “non costituisce (più) reato” secondo la “legge posteriore”, ossia secondo il diritto applicabile oggi in Italia in base all'art. 11 della Costituzione». In caso di sentenze definitive di condanna, secondo gli Autori, i rimedi processuali applicabili consisterebbero o nel sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. - per contrasto con l'art. 3 e 117 co. 1 Cost., in relazione al principio di necessaria retroattività della *lex mitior* di cui all'art. 7 CEDU, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte EDU in *Scoppola c. Italia*, nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nell'ipotesi in cui la norma incriminatrice sia divenuta inapplicabile in seguito al sopravvenire di una norma di diritto dell'Unione europea dotata di effetto diretto - ; ovvero nell'applicare analogicamente l'art. 673 c.p.p. all'ipotesi in esame.

⁵⁴³ Cass. Pen., sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, in *Cass. pen.*, 2011, 11, p. 3766 ss.

derivanti da un'applicazione non univoca del dato normativo, la certezza del diritto non poteva dirsi ancora, comunque, ripristinata sotto tutti i profili⁵⁴⁴. Infatti, resta alla discrezionalità degli Stati la scelta di strumenti alternativi per conseguire l'allontanamento : in proposito, va evidenziata la grave lacuna nella direttiva circa la regolazione dello *status* dello straniero che non sia stato allontanato. La sentenza, infatti, definisce solo quali misure non possono essere previste, ossia : le sanzioni penali come quelle oggetto della sentenza, vale a dire i reati di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e *quater*; le sanzioni che comportino sostanzialmente un aumento della detenzione oltre i diciotto mesi indicati dalla direttiva come durata massima della detenzione, oltre la quale viene meno la proporzionalità tra misura restrittiva e finalità dell'allontanamento; reati che in qualsiasi modo ostacolano la possibilità di allontanare lo straniero⁵⁴⁵.

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

Tale decreto riformula i delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento, di cui all'art. 14 commi 5 *ter* e 5 *quater* t.u., che vengono ora puniti con la sola pena pecuniaria della multa, sostituibile con l'espulsione da parte del giudice di pace, che diventa il giudice competente in relazione ai delitti medesimi. Le nuove disposizioni, infatti, prevedono che “la violazione dell'ordine di cui al comma 5 *bis* è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14 *ter*, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento

⁵⁴⁴ Cfr. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della cd. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, p. 2786 ss.

⁵⁴⁵ C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, cit., p. 506.

adottato dal questore ai sensi del comma 5 *bis* del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5 *bis*, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3. La violazione dell'ordine disposto ai sensi del comma 5 *ter*, terzo periodo, è punita, salvo giustificato motivo, con la multa da 15.000 a 30.000 euro. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5 *ter*, quarto periodo”. Dunque, - raccogliendo il *dictum* della Corte di Giustizia per cui la competenza penale spetta comunque agli Stati membri - il legislatore, nel trasporre la direttiva, ha continuato a prevedere che le fattispecie di cui all’art. 14 comma 5-*ter* e *quater* siano sanzionate penalmente.

Anche qui - come per l’art. 10 *bis* - la pena pecuniaria, peraltro in quest’ipotesi molto più elevata, risulta destinata *ab origine* all’inefficacia. Ed anche in tal caso, è l’espulsione la vera sanzione : tale dato è confermato dal riformato art. 16 comma 1 T. u. imm. che estende l’espulsione a titolo sostitutivo ai reati di cui all’art. 14 co. 5 *ter* e *quater*⁵⁴⁶.

E così condivisibilmente è stato affermato che «il varo di nuove norme avrebbe potuto rappresentare il momento giusto per effettuare un ripensamento complessivo della strategia seguita dal legislatore italiano, soprattutto negli ultimi anni; non pare tuttavia questa la direzione seguita. In primo luogo non si è colta l'occasione per riflettere sull'esito pressoché fallimentare dell'incriminazione, introdotta nel 2009 con l'art. 10 *bis* t.u., dell'ingresso o della permanenza irregolare in quanto tale. È pur vero che la sentenza dei giudici europei non aveva investito il reato in questione in quanto punito con l'ammenda e non con pena detentiva, ma occorre chiedersi se è il caso di insistere con l'opzione ideologica che equipara l'irregolare al “delinquente”. Per ribadire questa scelta si mantiene un “doppio binario” caratterizzato, tra l'altro, da costi elevati e da esiti quasi insignificanti»⁵⁴⁷. L’unica cosa che muta è l’impossibilità dell’arresto in flagranza dell’autore del fatto; si impone invece la presentazione immediata al giudice di pace in base all’art. 20 *bis* d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 : “Il richiamo esplicito effettuato dall’attuale art. 14 comma

⁵⁴⁶M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 285.

⁵⁴⁷ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7, p. 806.

5 *quinquies* t.u. sembra sancire l'obbligatorietà di detta procedura a prescindere dalla flagranza del reato e dall'evidenza della prova (che potrebbe non sussistere dal momento che l'inosservanza ha rilevanza penale in assenza di giustificato motivo, elemento che può comportare accertamenti non semplicissimi)⁵⁴⁸.

Il decreto, inoltre, sempre adeguandosi alla direttiva rimpatri, prevede - *in peius* rispetto all'assetto previgente - un prolungamento fino a diciotto mesi del termine massimo di trattenimento degli immigrati nei C.I.E. (art. 14 co. 5 t.u.); disciplina misure alternative al trattenimento nel C.I.E. per lo straniero irregolare che non sia pericoloso, quali la consegna del passaporto o altro documento equipollente, l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso gli uffici della forza pubblica (art. 14 co. 1 *bis* t.u.) : la trasgressione a tali misure viene punita con la multa da 3.000 a 18.000 euro (il reato è attribuito, anche in questo caso, alla competenza del giudice di pace).

Ancora, mentre la legislazione previgente prevedeva che "l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica" (art 13 co. 4 t.u.), quella attuale da un lato stabilisce che "l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica" - eliminando il "sempre" - e dall'altro espressamente riserva detta modalità ad una serie di ipotesi specifiche.

Inoltre, all'art. 13 co. 5 t.u. è previsto che lo straniero, destinatario di un provvedimento d'espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al comma 4, può chiedere al prefetto, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria, anche attraverso programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14 *ter* t.u. Il prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima allo straniero di lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni. Tale previsione sarebbe, secondo alcuni Autori, in contrasto con la direttiva rimpatri che, all'art. 7, prevede la partenza volontaria come

⁵⁴⁸ P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., p. 807.

meccanismo automatico che prescinde da qualsiasi richiesta⁵⁴⁹. In realtà, la direttiva - che lascia ampi margini alla discrezionalità statale - all'art. 7 dapprima statuisce che “la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi 2 e 4” (dato che fa propendere per l'automaticità), ma subito dopo aggiunge che “gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale che tale periodo sia concesso unicamente su richiesta del cittadino di un Paese terzo interessato. In tal caso, gli Stati membri informano i cittadini di Paesi terzi interessati della possibilità di inoltrare tale richiesta”: e, quindi, la stessa previsione della direttiva rappresenta uno degli ostacoli alla preminenza della partenza volontaria. Un altro ostacolo è dato sicuramente dalla necessità di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo e dalla necessaria applicazione di almeno una delle misure di cui all'art. 13 co. 5.2 (misure che possono essere applicate dal questore in caso di ineseguibilità dell'accompagnamento coattivo in alternativa all'internamento in un C.I.E.); inoltre, l'art. 13 co. 4 prevede l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica in ipotesi molto più ampie di quelle previste dalla direttiva (che non contempla, ad esempio, l'inosservanza del termine concesso per la partenza volontaria; né la violazione delle misure cautelari impartite).⁵⁵⁰

Ancora, all'art. 14 co. 1 t.u. è prevista - in maniera immutata - la possibilità di trattenimento in un C.I.E. in caso di pericolo di fuga, di necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo : parte della dottrina ha rilevato che tali presupposti sono più ampi di quelli di cui all'art. 15 della direttiva, che limita il trattenimento al rischio di fuga o al caso in cui il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o

⁵⁴⁹ M. WINKLER, *Il caso EL DRIDI al vaglio della Corte di Giustizia: verso una gestione “più umana” dei rimpatri di stranieri irregolari in Italia?*, cit., p. 1498.

⁵⁵⁰ Così, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., pp. 282-283.

dell'allontanamento, ossia ad ipotesi 'imputabili' allo straniero irregolare⁵⁵¹; in realtà, la direttiva fa riferimento proprio alla mancata cooperazione da parte del cittadino di un Paese terzo interessato, o ai ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, e quindi ad un comportamento passivo o ad inefficienze burocratico-amministrative solo al fine di prolungare il trattenimento di ulteriori dodici mesi⁵⁵² : ad ogni modo, a parere di chi scrive - al di là delle perplessità determinate dal fatto che uno stesso dato sia usato nel t.u. per giustificare il trattenimento e nella direttiva per prolungarlo di dodici mesi (sic!) - l'illegittimità tanto comunitaria, quanto interna della disciplina va denunciata alla stregua di altri parametri, ossia quelli costituzionali, in quanto si fonda la possibilità di trattenimento in un C.I.E. su inefficienze burocratico-amministrative, e dunque su condizioni non imputabili allo straniero.

Ancora, la condotta non è più tipizzata in termini di permanenza, ma di inosservanza all'ordine del questore, elemento che conferma la natura istantanea della fattispecie.

Tale normativa è stata letta come 'nuova' ; infatti, la Cassazione ha affermato che la nuova formulazione del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14 co. 5 *ter* t.u., non può ritenersi in continuità normativa con la precedente disposizione, dando luogo ad una nuova incriminazione, applicabile in quanto tale solo ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore della normativa sopra citata⁵⁵³. Identica soluzione è stata indicata per la nuova formulazione del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14 co. 5 *quater* t.u.⁵⁵⁴.

Tanto premesso, vi sono talune questioni - sorte durante la vigenza della precedente disciplina - che restano attuali e che vanno brevemente affrontate : esse riguardano la natura del reato, la clausola del giustificato motivo, la

⁵⁵¹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 284.

⁵⁵² M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, cit., p. 36.

⁵⁵³ Cass. Pen., sez. I, 23 settembre 2011, n. 36446, in *Cass. pen.*, 2012, 1, p. 49 ss.

⁵⁵⁴ Cass. Pen., sez. I, 23 settembre 2011, n. 36451, in *Diritto & Giustizia*, 15 ottobre 2011.

sindacabilità dei provvedimenti presupposti e la legittimità complessiva della disposizione.

Per quanto riguarda la natura del reato, va ribadito che, benché l'art. 14 co. 5 *ter* t.u. sia un reato omissivo proprio, certa dottrina propende per la sua natura di reato permanente. A sostegno della compatibilità tra i reati permanenti e i reati di mera omissione si rileva la soluzione positiva adottata dalla giurisprudenza sull'art. 650 c.p. Invece, il delitto di cui all' art. 14, co. 5-*quater* è ritenuto assimilabile all'incriminazione prevista all'art. 13 t.u. che punisce il reingresso illegale nel territorio italiano e che ha natura istantanea⁵⁵⁵. Altro indirizzo, più condivisibile, invece, nega la natura permanente anche dell'illecito penale *ex* art. 14 co. 5 *ter* : si escludono, infatti, dalla categoria dei reati permanenti i reati omissivi propri, soprattutto quando questi ultimi risultano caratterizzati dalla previsione di un preciso termine finale per la realizzazione della condotta dovuta⁵⁵⁶.

Tendenzialmente è da escludersi la configurabilità del tentativo nei delitti *ex* art. 14 co. 5 *ter* t.u., vista la difficoltà di immaginare una condotta univocamente orientata a precludersi la possibilità di lasciare il territorio dello Stato⁵⁵⁷.

Ancora attuale è la questione relativa alla sindacabilità dei provvedimenti presupposti.

A ben vedere, nell'ambito del reato di cui all'art. 14, co. 5-*ter*, assumono rilievo 'costitutivo' - e quindi essenziale ai fini della tipicità - due provvedimenti amministrativi, ossia il provvedimento del prefetto che ha ordinato l'espulsione dello straniero e il provvedimento del questore, organo deputato all'esecuzione del provvedimento prefettizio. Sul versante soggettivo, peraltro, è pacifico che la rappresentazione dell'autore debba investire anche i provvedimenti che presuppongono la condotta in esame⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Così, M. GAMBARDELLA, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, op. cit.

⁵⁵⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Padova, 1988, p. 865 ss.; in particolare, E. DI DEDDA, *Illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 447.

⁵⁵⁷ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 215.

⁵⁵⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 245.

Paiono quindi difficilmente condivisibili le pronunce secondo cui non vi sarebbe la necessità, per il giudice della convalida dell'arresto, di accertare la legittimità del provvedimento prefettizio di espulsione, il quale costituirebbe solo un presupposto dell'intimazione, e non già elemento della fattispecie incriminatrice, integrata invece dalla violazione dell'ordine emesso dal questore, o viceversa di accertare la legittimità del provvedimento questorile per chi riteneva che il questore fosse solo una *longa manus* del prefetto. D'altronde, il sindacato del giudice sui provvedimenti amministrativi ha, in sede di convalida dell'arresto, la stessa estensione del giudizio di cognizione : esso - seppur sommario, poiché limitato in questa fase al *fumus* del reato - si estende a tutti i vizi del provvedimento amministrativo. Infatti, non si intravede una norma che limiti (quanto ad estensione) la cognizione del giudice penale a seconda che si tratti o meno della convalida dell'arresto⁵⁵⁹. Il potere giudiziale di disapplicazione *in bonam partem* - sul piano sostanziale - è stato giustificato in queste ipotesi in virtù dell'art. 101 co. 2 Cost. che prevede la soggezione del giudice alla sola legge, dell'art. 5 l. n. 2248/1865 all. E, della gerarchia delle fonti, e dell'art. 2 c.p.p., che attribuisce al giudice penale la risoluzione di ogni questione da cui dipende la decisione.

Dunque, non va condivisa quella giurisprudenza di legittimità secondo cui, ai fini del giudizio di responsabilità in ordine al reato di cui all'art. 14 co. 5-ter, al giudice penale spetta il potere di valutare la legittimità dell'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato emesso dal questore, ma non del decreto di espulsione emesso dal prefetto, la cui cognizione competerebbe esclusivamente al giudice di pace in sede civile⁵⁶⁰. L'autonoma impugnabilità dell'atto amministrativo nella sede propria non rileva sul piano della cognizione del giudice penale, che, ad esempio, deve accertare, con riguardo alla contravvenzione *ex art. 650 c.p.*, la legittimità del provvedimento indipendentemente dalla relativa impugnazione, né si può rimettere

⁵⁵⁹ Così, D. POTETTI, *La legittimità amministrativa dei provvedimenti del Prefetto e del Questore nel reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del T.U. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, 3, p. 1208 ss.

⁵⁶⁰ In questo senso, *Cass. Pen.*, sez. I, 30 marzo 2005, n. 13704, in *Foro It.*, 2006, II, c. 106; v. anche *Cass. Pen.*, Sez. I, 31 gennaio 2008, n. 6399, in *CED Cass. pen.*, n. 239164.

integralmente all'autorità amministrativa la definizione dei presupposti dei diversi reati, precludendo al giudice la possibilità di vagliarne la legittimità⁵⁶¹.

Ciò comporta che debba verificarsi che il provvedimento di espulsione sia legittimo sul piano sostanziale, e quindi che sussistano le situazioni legittimanti l'espulsione⁵⁶²; sotto il profilo formale, devono essere indicate le modalità di impugnazione, deve essere garantita la traduzione degli atti ed una congrua motivazione⁵⁶³.

D'altronde, proprio l'art. 14 co. 5 *bis* t.u. prevede che l'ordine sia dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie; mentre l'art. 13 co. 7 stabilisce che il decreto di espulsione e il provvedimento di cui al co. 1 dell'art. 14, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, sono comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola.

Ovviamente, la valutazione in concreto dell'effettiva conoscibilità dell'atto spetta ai giudici di merito, i quali devono verificare se il provvedimento abbia raggiunto o meno il suo scopo.

Si ritiene che qualora siano state violate le regole formali in tema di traduzione, il provvedimento sia illegittimo e quindi da disapplicare, con conseguente assoluzione dello straniero “perché il fatto non sussiste”, a causa dell'assenza di un elemento costitutivo del fatto tipico. Normalmente, si richiede che il decreto di espulsione sia redatto in una delle tre lingue straniere presumibilmente conosciute dal destinatario, per la motivata impossibilità di traduzione nella lingua madre dello straniero, salvo che l'adozione di una delle tre lingue indicate sia stata in concreto effettivamente lesiva dei diritti del

⁵⁶¹ A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, cit., pp. 14-15.

⁵⁶² V., ad es., Cass. Pen., sez. V, 14 febbraio 2008, n. 11611, in *CED Cass. pen.*, 2008, secondo cui “non sussistono gli estremi del reato di cui all'art. 14, comma 5, *bis* d. lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 13 l. n. 189 del 2002 (inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato senza giustificato motivo) qualora la successiva concessione del permesso di soggiorno si fondi su condizioni preesistenti all'ordine di espulsione, in quanto, in tal caso, l'inosservanza del detto ordine è priva di valenza offensiva”.

⁵⁶³ Cass. Pen., sez. I, 8 ottobre 2004, n. 47677, in *Foro it.*, 2005, II, c. 409.

cittadino straniero, il quale ha l'onere di eccepire la mancata conoscenza di una di tali lingue o l'impossibilità di comprendere il contenuto del provvedimento⁵⁶⁴.

Inoltre, come anticipato, ai sensi dell'ultima parte del co. 5 *bis* dell'art. 14 t.u., l'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale deve recare l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione. Per quanto riguarda le conseguenze di una violazione di tale prescrizione, si condivide l'opinione di chi ritiene che anche l'omessa, incompleta o erronea indicazione delle conseguenze penali della trasgressione sia causa di invalidità del provvedimento del questore. Non basta, quindi, che nel provvedimento si avverta lo straniero che l'inottemperanza all'ordine costituisce reato, perché occorre anche specificare le sanzioni applicabili⁵⁶⁵.

Il provvedimento va altresì motivato, onde evitare che la verifica della sussistenza dei presupposti dell'ordine del questore e, dunque, della realizzazione della fattispecie penale sia rimessa all'autorità di polizia: d'altronde, la puntuale motivazione è funzionale anche alla verifica dell'eventuale sussistenza del giustificato motivo⁵⁶⁶.

Peraltro, condivisibilmente, è stato rilevato che «l'art. 3, comma 1, legge n. 241 del 1990 prevede in modo esplicito che tutti gli atti amministrativi direttamente incidenti nella sfera giuridica sostanziale del destinatario devono essere motivati (e il secondo comma di detto articolo esclude da tale obbligo

⁵⁶⁴ Cass. Pen., sez. I, 28 febbraio 2006, n. 9284, in *CED Cass. pen.*, 2006.

⁵⁶⁵ D. POTETTI, *Alcuni profili di legittimità dei provvedimenti amministrativi presupposti nel reato di trattenimento dello straniero sul territorio nazionale.*, in *Cass. pen.*, 2009, 5, p. 2125 ss.

⁵⁶⁶ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 216 ss. *Contra*, Cass. Pen., sez. I, 7 ottobre 2003, n. 40299, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2514 ss., secondo cui "l'ordine di allontanamento del questore, invero, non appare frutto di una valutazione discrezionale né tanto meno arbitraria dell'autorità amministrativa, configurandosi, in questo caso, tecnicamente vincolato dall'accertata impossibilità oggettiva di accogliere lo straniero colpito da decreto di espulsione presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino a norma dell'art. 14.1 d. lgs. n. 286/98 (in pratica, dalla c.d. incapienza del centro per indisponibilità numerica di posti). Di talché, non risulta necessario che l'ordine di allontanamento del questore espliciti le specifiche ragioni della scelta, dettata esclusivamente o, come si è detto, vincolata da una preliminare verifica fattuale di natura obiettiva, a fronte dell'accertata impossibilità di procedere all'esecuzione del decreto di espulsione secondo le prioritarie modalità di cui al primo comma dell'art. 14 d. lgs. n. 286/98 (espulsione immediata o trattenimento temporaneo dello straniero presso il centro di permanenza più vicino)".

solo i casi di “atti normativi e atti a contenuto generale”). La lettera e la *ratio* della disposizione (tesa a garantire diritti e libertà personali di fronte alla amministrazione) non lasciano dubbi sulla derogabilità dell'obbligo solo in forza di norme specifiche che esplicitamente dispongano in tal senso. Così non è nel caso di specie, ch  l'art. 14, comma 5 *bis* d. lgs. n. 286/1998 (coordinato con il precedente comma 1), lungi dall'escludere la necessit  di motivazione, enuncia specificamente le situazioni (impossibilit  di eseguire immediatamente l'espulsione e di trattenere lo straniero in centro di permanenza temporanea) che legittimano l'ordine di lasciare il territorio dello Stato, indicando in tal modo specificamente l'oggetto di tale motivazione»⁵⁶⁷.

Un'ulteriore questione ancora attuale resta quella relativa al “giustificato motivo”.

Anzitutto, nei reati omissivi propri la condotta conforme deve essere possibile (*ad impossibilia nemo tenetur*); inoltre, ulteriore e pi  ampio elemento costitutivo della fattispecie in esame   dato dalla clausola “salvo che sussista il giustificato motivo” nel co. 5 *ter* e “salvo giustificato motivo” nel co. 5 *quater*, che, se corrispondesse alla mera possibilit , sarebbe del tutto superflua⁵⁶⁸.

Prima dell'ultima novella, nel co. 5 *ter*, era prevista la clausola del “senza giustificato motivo” ma la modifica lessicale poco cambia; mentre nel co. 5 *quater* - fino ad una recente sentenza della Consulta - la formula era assente. Successivamente, la Corte costituzionale ha giudicato irragionevole la differenziazione rispetto all'art. 14 comma 5 *ter*⁵⁶⁹ : la Consulta ha infatti

⁵⁶⁷ Cass. Pen., sez. I, 8 ottobre 2004, n. 47677, cit.

⁵⁶⁸ M. CALDERANI – S. TOVANI, *I reati di illecito trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato previsti dall'art. 14 T.u.*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 253.

⁵⁶⁹ Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 359, in *Guida al dir.*, 2011, 3, 64. Per un acuto commento a questa pronuncia, v. F. VANORIO, *La pronuncia della Consulta n. 359 del 17.12.2010: incostituzionale la mancata previsione del giustificato motivo nel co. 5 quater dell'art. 14 TU.*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 1, p. 104 ss; nonch , U. GUERINI, *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del “socialismo giuridico penale”?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 956 ss, secondo cui “non sono tempi nei quali il principio di colpevolezza possa avere il respiro che gli aveva dato la sentenza n. 364/1988, che sarebbe bene rileggere. Al di l  della sua correttezza tecnico-giuridica, la sentenza della Corte costituzionale in esame si muove sui binari stretti d'un tecnicismo che la proietta verso un orizzonte mobile, togliendole nerbo. Cosa succederebbe infatti se il

affermato “che un estremo stato di indigenza, di fatto impeditivo dell'osservanza dell'ordine del questore nello stretto termine di cinque giorni, non divenga superabile od irrilevante perché permanente nel tempo o perché insorto o riconosciuto in una occasione successiva (...) l'affidamento dell'esecuzione allo stesso soggetto destinatario del provvedimento incontra i limiti e le difficoltà dovuti alle possibilità pratiche dei singoli soggetti, che il co. 5 *ter* dell'art. 14 d. lgs. n. 286 del 1998 ha preso in considerazione, in un ragionevole bilanciamento tra l'interesse pubblico all'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, in tema di controllo dell'immigrazione illegale, e l'insopprimibile tutela della persona umana. Si è affermato quindi come tale tutela non possa essere esclusa od attenuata in situazioni identiche, ancorché successive, senza incorrere nella violazione dell'art. 3, 1° co., Cost.”⁵⁷⁰.

Esemplificando, è stato ritenuto che non integra il “giustificato motivo” la mera convivenza “*more uxorio*” del cittadino extracomunitario con cittadina italiana⁵⁷¹; che l'attesa dei tempi necessari al rilascio dei documenti richiesti per il matrimonio non esenta l'immigrato clandestino dall'obbligo di tornare nel suo Paese d'origine e di obbedire al decreto di espulsione inflittogli per mancanza di documenti regolari⁵⁷²; che non costituisce giustificato motivo l'essersi trattenuto in Italia al fine di poter presentare richiesta di sanatoria ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 195/2002, conv. con l. n. 222/2002, in data posteriore a quella del provvedimento del questore, essendo quest'ultimo ostativo alla successiva istanza di legalizzazione della posizione lavorativa dello straniero in Italia⁵⁷³. Viceversa, si è riconosciuto il giustificato motivo sulla base delle

legislatore eliminasse la clausola del giustificato motivo dall'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, parificando le norme in una prospettiva priva di ogni salvaguardia? La risposta è semplice: verrebbe meno la violazione dell'art. 3 Cost. in quanto il *tertium comparationis* non esisterebbe più. A riprova che anche l'utilizzazione delle più raffinate tecniche di tutela, se restano chiuse in se stesse, possono diventare vuoti simulacri. Per questo il tema del rapporto tra diritto interno e normativa UE meritava di essere preso in esame”.

⁵⁷⁰ Sulla questione, F. FANTETTI, *Estrema indigenza ed espulsione del clandestino*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2011, 6, p. 431 ss.

⁵⁷¹ Cass. Pen., sez. I, 4 dicembre 2008, n. 3599, in *CED Cass. pen.*, 2008.

⁵⁷² Cass. Pen., sez. I, 31 gennaio 2008, n. 6605, in *Dir. e Giust.*, 2008.

⁵⁷³ Cass. Pen., sez. I, 20 novembre 2003, n. 48863, in *Dir. e Giust.*, 2004, 11, 109. La questione è stata molto dibattuta; in proposito, v. G. PALLIGGIANO, *Stranieri : sanatoria per colf e badanti valida anche per chi ha violato l'ordine di espulsione. L'operatività diretta della normativa comunitaria rende nulla la disposizione che sancisce il reato*, in *Guida al Dir.*,

comprovate condizioni di estrema precarietà abitativa dello straniero⁵⁷⁴; ovvero è stato affermato che, ai fini della sussistenza del «giustificato motivo», idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, i motivi che, in base all'art. 14 co. 1 t.u., legittimano la P.A. a non procedere all'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera, ossia la necessità di soccorso, la difficoltà nell'ottenimento dei documenti per il viaggio, l'indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, costituiscono indici di riconoscimento della inesigibilità della condotta richiesta allo straniero, in applicazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. In particolare, costituisce giustificato motivo l'inadempimento conseguente alle condizioni di assoluta impossidenza dello straniero - il quale non possa recarsi nel termine alla frontiera, né acquistare il biglietto di viaggio - ovvero al mancato rilascio da parte della competente autorità diplomatica o consolare dei documenti necessari, peraltro sollecitamente richiesti dallo straniero stesso⁵⁷⁵. Ancora, si è riconosciuta la sussistenza di un giustificato motivo nel caso in cui esista il rischio grave di persecuzione nel proprio Paese in ragione della propria omosessualità⁵⁷⁶; nell'ipotesi di proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento prefettizio di espulsione⁵⁷⁷; nella situazione di assoluta mancanza di mezzi economici idonei a consentire il viaggio di ritorno in patria o di degrado materiale e di emarginazione sociale in cui lo straniero vive in territorio italiano⁵⁷⁸.

2011, 22, p. 95 ss; G. SAVIO, *Le condanne per inottemperanza all'ordine del questore sono ostative per la regolarizzazione di colf e badanti?*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 3, p. 95 ss.

⁵⁷⁴ Cass. Pen., sez. I, 18 settembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2131 ss.; Trib. Napoli, 8 ottobre 2009, in *Giur. Mer.*, 2010, 7-8, p. 1956 ss.

⁵⁷⁵ Cass. Pen., sez. I, 7 luglio 2006, Farina Fontan.

⁵⁷⁶ Cass. Pen., sez. I, 23 novembre 2007, n. 2907, in *Cass. pen.*, 2008, 9, p. 3412 ss.

⁵⁷⁷ Trib. Pinerolo, 6 ottobre 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, 43, p. 82 ss.

⁵⁷⁸ Trib. Napoli, 25 settembre 2008, in *Giur. Mer.*, 2009, 5, p. 1366 ss., con nota di G. BARBALINARDO, *Nota a Tribunale di Napoli del 25 settembre 2008*, *ivi*, pp. 1372 – 1373, il quale - invero, poco condivisibilmente - rileva che “la decisione adottata pecca - a quanto pare - di un sostanzialmente pietismo, giacché giustifica la condotta dell'imputato sulla mera base delle di lui indigenza ed emarginazione, mancando di considerare che lui, se da un lato non s'era rivelato dedito ad attività illecite in generale e criminose in specie pur dopo essere stato colpito dall'ordine emesso dal Questore, era però rimasto sostanzialmente inerte davanti all'ordine medesimo, continuando sì la propria vita di stenti ma dimostrando anche inequivocabilmente di preferire scientemente al ritorno obbligato in patria quella vita difficile

Tendenzialmente, dunque, la verifica della sussistenza del giustificato motivo si articola nell'accertamento in concreto delle condizioni in cui si è prodotta e mantenuta la condotta di permanenza illegale nel territorio dello Stato, nonché della volontarietà o meno della stessa; e nel giudizio di esigibilità dell'adempimento dell'obbligo, condotto non esclusivamente su basi oggettive, ma tenendo conto del reale condizionamento psichico esercitato dalle circostanze concrete sulle capacità individuali di adempimento. Si tratta, pertanto, di apprezzare la nozione di giustificato motivo sul piano dei limiti dell'obbligo, con l'ulteriore e determinante precisazione che il giustificato motivo rimanda necessariamente ad una valutazione in concreto della esigibilità⁵⁷⁹.

E, tuttavia, pur da questi pochi esempi, appare evidente il *deficit* di determinatezza della clausola in esame, che non è applicata secondo criteri univoci, stabili e quindi affidabili e prevedibili. Nonostante ciò, la Consulta - quando ha avuto modo di pronunciarsi su tale profilo - ha affermato che la clausola di eccezione, concernente l'ipotesi in cui esista un giustificato motivo per non ottemperare, non viola l'esigenza di determinatezza della fattispecie penale, posta dall'art. 25 Cost., poiché tale clausola ha riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidono sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa. Tale clausola non implica una inversione dell'onere della prova in danno dell'imputato, il quale ha un semplice onere di allegazione dei motivi non conosciuti né conoscibili dal giudice. Il carattere

e, conseguentemente, di voler intenzionalmente tenere in non cale l'ordine medesimo senza nemmeno tentare di dare ad esso esecuzione (...). Il Tribunale di Napoli, nell'annotata sentenza, parla di indigenza invincibile da parte dell'imputato. Non adduce elementi, però, per convincere che l'imputato si sia in qualche modo attivato per vincere la propria assai difficile condizione di povero e di derelitto ed ottemperare, infine, all'ordine impartitogli dall'Autorità". Analogamente, P. CIPOLLA, *Contrasti su ... giustificato motivo di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato*, in *Giur. Mer.*, 2010, 7-8, p. 1958 ss., secondo cui "il rigore della Suprema Corte nella interpretazione della locuzione in parola non trova un univoco riscontro nella giurisprudenza di merito, dove il diffuso richiamo a situazioni di degrado ed emarginazione quali cause di inesigibilità del precetto palesa un tendenziale *favor* dei giudicanti nei confronti di *misérables*, specialmente quando ne sia accertata l'estraneità a condotte delinquenziali e/o quando sia particolarmente contenuto l'intervallo temporale tra la notifica dell'ordine del Questore e l'arresto ad opera della polizia giudiziaria".

⁵⁷⁹ Così, Cass. Pen., sez. I, 11 maggio 2004, n. 31117, in *Cass. pen.*, 2005, 3, p. 961 ss.

elastico della clausola “senza giustificato motivo” - presente, come altre equivalenti, in numerose disposizioni, e destinata a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione operi anche laddove la condotta imposta appaia concretamente “inesigibile” - si riconnette alla impossibilità pratica di elencare tutte le situazioni astrattamente idonee a “giustificare” l’inosservanza del precetto. Nel quadro della disciplina dell’espulsione - ha puntualizzato la Corte - la clausola in esame, dunque, ancorché non evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico - lettura, questa che la renderebbe pleonastica - ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidono sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all’intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche - ha aggiunto la Corte - ad esigenze che riflettono la condizione tipica del “migrante economico”, salvo che non ricorrano situazioni riconducibili alle scriminanti previste dall’ordinamento⁵⁸⁰.

Ora, senza volere disconoscere il ruolo concretamente positivo di una clausola come quella in esame, andrebbero comunque rintracciati parametri applicativi univoci, per evitare che un’eccessiva discrezionalità giudiziale sortisca effetti negativi sulla vita di alcuni migranti.

Inoltre, ci si dovrebbe porre il problema dell’inquadramento della clausola nella teoria generale del reato. La giurisprudenza appare abbastanza condivisibile sul punto, in quanto il richiamo ai concetti di inesigibilità e di possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere, nonché l’inquadramento della clausola tra gli elementi negativi interni allo stesso fatto tipico, inducono a concludere per la rilevanza della clausola già sul piano del *Tatbestand* oggettivo. Infatti, tra i presupposti generali dell’omissione penalmente rilevante senza dubbio vanno annoverati la possibilità di compiere l’azione omessa e la possibilità che l’ordinamento pretenda concretamente una condotta conforme (l’azione richiesta, quindi, non deve esporre l’autore o altri a rischi e pregiudizi non esigibili); qui, l’esigibilità dell’azione dovuta non appartiene al piano della colpevolezza, né postula il ricorso a specifiche ipotesi di giustificazione, ma

⁵⁸⁰ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *Riv. dir. internaz.*, 2004, p. 515 ss.

corrisponde ad un principio regolatore dell'omissione penalmente rilevante, che condiziona direttamente il piano della fattispecie oggettiva⁵⁸¹.

La disposizione in esame presenta ulteriori aspetti problematici che continuano a permanere, nonostante le modifiche intervenute con la l. n. 129/2011.

Il reato in esame, infatti, è di pericolo presunto, ove la presunzione appare però del tutto irragionevole ed empiricamente infondata. Distante dai beni finali che la normativa sull'immigrazione è preposta a salvaguardare (l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica possono essere esposti a pericolo non dalle singole condotte di inottemperanza, ma eventualmente solo dalla commissione cumulativa di simili illeciti di mera trasgressione), sganciata da verifiche caso per caso, l'incriminazione dell'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento rivela le tracce di un diritto penale d'autore: «Non è un diritto penale d'autore in senso stretto, perché suppone anche una condotta inosservante: tuttavia, l'ordine violato si basa a sua volta su una valutazione legale di tipologie d'autore nazionale; si punisce un fatto perché sintomatico di una pericolosità derivante solo dall'appartenenza del soggetto a una “categoria geopolitica” di chi (non) possiede una certa cittadinanza»⁵⁸².

Dunque, la norma mira a garantire l'esecuzione ed il rispetto dell'ordine dell'autorità amministrativa; ciò appare funzionale alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Ma, tali beni finali - ammesso che possano assurgere a legittimi oggetti di tutela penale - non vengono menzionati nella fattispecie penale; d'altronde, anche la finalità del controllo dei flussi migratori, restando estranea alla dimensione prescrittiva di tale fattispecie, non ha alcuna concreta funzione dommatica, critica o ermeneutica.⁵⁸³

I profili di contrasto con i principi costituzionali sono molteplici.

⁵⁸¹ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale- Parte generale*, cit., p. 224.

⁵⁸² A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, cit., p. 13. In tal senso, altresì, C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione : il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, cit., p. 230, secondo cui “in assenza di pericoli concreti o ragionevolmente presunti si punisce lo *status* di straniero indocile più che il pericolo da questi arrecato alla società”.

⁵⁸³ G. RICCARDI, *Il “pendolarismo” della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza : a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, cit., p. 61.

Anzitutto, sembrerebbe violato l'art. 3 Cost., poiché vi è una ricaduta sostanziale, solo su alcuni soggetti, delle conseguenze determinate da situazioni di fatto che lo Stato sarebbe tenuto a rimuovere⁵⁸⁴. Posto che lo Stato non è in grado di eseguire l'espulsione, appare irragionevole, infatti, la pretesa di un adempimento, peraltro in tempi così ristretti e con mezzi del tutto inadeguati, da parte dello straniero.⁵⁸⁵

La norma risulta, poi, del tutto indeterminata, e dunque incompatibile con l'art. 25 co. 2 Cost., in quanto non prevede espressamente i casi di inesigibilità della condotta, causando così, sostanzialmente, un'aberrante inversione dell'onere della prova con conseguente violazione degli artt. 24 co. 2 e 27 co.2 Cost. Un ulteriore profilo di illegittimità concerne il mancato rispetto del principio di offensività, visto che la previsione sanziona una mera inosservanza di provvedimenti di espulsione. Il 'bene' tutelato vive in una dimensione marcatamente ideale, data la distanza tra il singolo provvedimento espulsivo e il pericolo per l'ordine pubblico che si reputa sia determinato da flussi migratori incontrollati⁵⁸⁶.

D'altronde, nelle ipotesi di cui si discute, la pena non potrebbe svolgere alcuna funzione legittima e neppure una mera funzione deterrente, perché difficilmente scoraggerebbe l'immigrazione clandestina. Sotto il profilo della funzione rieducativa, non si vede come le sanzioni previste e lo stesso precetto penale possano perseguire un tale scopo, che non sembra essere l'obiettivo della disciplina sull'immigrazione⁵⁸⁷.

La fattispecie delittuosa appare, inoltre, del tutto superflua, potendo la condotta in essa contemplata rientrare eventualmente nell'ambito della contravvenzione oblazionabile di cui all'art. 650 c.p. (disposizione, tuttavia, a sua volta problematica). La scelta di una sanzione più gravosa, che si pone in

⁵⁸⁴ Tale disposizione è la manifestazione di quella "impossibile effettività" della normativa vigente, così come stigmatizzata da A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale, sicurezza*, cit., p. 378.

⁵⁸⁵ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 186 ss.

⁵⁸⁶ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 211.

⁵⁸⁷ Sulla questione, F. VIGANO', *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, cit., pp. 30-31.

assoluto contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 Cost., è dunque unicamente dovuta alla condizione personale del concreto agente⁵⁸⁸.

Secondo qualche Autore, la norma sarebbe in contrasto, poi, con l'art. 10 Cost., perché, non assumendo lo Stato italiano garanzie di ritorno dello straniero nel Paese d'origine, l'ordine questorile potrebbe concretamente prospettarsi come un'istigazione all'immigrazione clandestina in altri Stati.⁵⁸⁹

In più, si profila una violazione degli artt. 3 e 97 Cost. - *sub specie* ragionevolezza, sussidiarietà, proporzione, buon andamento dei pubblici uffici ed effettività - vista la totale sovrapposizione con il procedimento amministrativo : “Le incriminazioni di cui è discorso consistono per l'appunto nella mera inosservanza di un provvedimento che costituisce parte integrante della procedura amministrativa di espulsione: una inosservanza 'nuda', si noti, ossia non corredata di condotte attive - fraudolente, o sotto altro profilo criminose - volte a frustrare o ad ostacolare l'esecuzione dell'obiettivo finale del rimpatrio dello straniero”⁵⁹⁰.

2. I reati di falso: il falso nei titoli di soggiorno e le fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali

Per quanto attiene alle condotte di falso, vengono in considerazione in particolare due disposizioni : il falso nei titoli di soggiorno e le fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali.

Il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di falso va individuato, secondo taluni nella fede pubblica, secondo altri nel buon andamento della

⁵⁸⁸ In tal senso, in riferimento alla disciplina previgente, C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione : il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, cit., p. 232.

⁵⁸⁹ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 186 ss. Tale argomento però presuppone una stigmatizzazione dell'immigrazione clandestina, qui non condivisa.

⁵⁹⁰ L. MASERA - F. VIGANO', *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri Ue": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, op. cit., p. 1719; F. VIGANO', *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, cit., p. 32 ss.

pubblica amministrazione e nella corretta amministrazione della giustizia⁵⁹¹. In ogni caso, viene protetto un bene superindividuale non dotato di rilevanza costituzionale esplicita⁵⁹², peraltro con una disposizione che duplica - prevedendo, però, pene iperboliche - il contenuto dell'art. 497 *bis* c.p.⁵⁹³. Per quel che concerne le fraudolente alterazioni corporee, bisognerebbe altresì interrogarsi seriamente sulle condizioni esistenziali che conducono a queste azioni. Ad ogni modo, la criminalizzazione non è certo volta a tutelare l'integrità fisica del migrante, ma beni superindividuali⁵⁹⁴.

L'art. 5 co. 8 *bis* t.u. prevede il falso nei titoli di soggiorno: "Chiunque contraffà o altera un visto di ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno, ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno oppure utilizza uno di tali documenti contraffatti o alterati, è punito con la reclusione da uno a sei anni. Se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso la reclusione è da tre a dieci anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale".

Si tratta di un'ipotesi speciale di falso documentale materiale, mentre per la falsità ideologica si applica la disciplina comune codicistica⁵⁹⁵. Per

⁵⁹¹ M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "legge Bossi - Fini"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2002, 11, p. 1347. Per un'individuazione stravagante dell'oggetto di tutela, A. NATALINI, *Le altre modifiche al codice penale: falsità personali, omicidio volontario aggravato ed attenuanti generiche*, in AAVV, *Il decreto sicurezza*, cit., p. 80: «Ciò che qui si tutela penalmente è l'invarianza dei dati biometrici individuali e, più precisamente, l'indisponibilità del profilo dattiloscopico di ciascuna persona, che - a superiori fini di polizia - assume oggi il rango di "bene" di pertinenza statale di cui il privato è solo il "portatore" non titolare ».

⁵⁹² Così, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 66.

⁵⁹³ Ai sensi del quale "chiunque è trovato in possesso di un documento falso valido per l'espatrio è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena di cui al primo comma è aumentata da un terzo alla metà per chi fabbrica o comunque forma il documento falso, ovvero lo detiene fuori dei casi di uso personale".

⁵⁹⁴ Per una dettagliata e costruttiva monografia sul tema generale, si veda S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000.

⁵⁹⁵ In proposito, si afferma che "la falsa attestazione sullo svolgimento di attività lavorativa in Italia da parte di cittadino extracomunitario, assunta a presupposto di fatto per il rilascio del permesso di soggiorno da parte del pubblico ufficiale che forma l'atto, integra la fattispecie di cui agli artt. 48 e 479 cod. pen. (falso per induzione) e non quella di cui all'art. 495 cod. pen. in quanto la dichiarazione stessa non ha alcun rilievo autonomo ma è destinata a confluire nell'atto pubblico e rappresenta uno degli elementi che concorrono all'attestazione del pubblico

quanto riguarda la natura degli atti falsificati, mentre è certamente considerato atto pubblico il permesso di soggiorno⁵⁹⁶, il visto di ingresso e di reingresso hanno carattere di autorizzazione amministrativa ed il contratto di soggiorno, invece, di scrittura privata⁵⁹⁷. Si fa riferimento, peraltro, al solo rilascio - richiamo inadeguato rispetto al contratto di soggiorno, che è atto privato - e non al rinnovo : deve ritenersi impossibile, al riguardo, un'estensione analogica *in malam partem*⁵⁹⁸.

Alla condotta poc'anzi descritta, potenzialmente sussumibile negli artt. 482 o 485 c.p., si applica, invece, inspiegabilmente, la stessa sanzione prevista dalla più grave ipotesi di falso commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico *ex art. 476 c.p.*⁵⁹⁹

Lo straniero potrebbe poi rispondere, in ipotesi di falso ideologico, ai sensi dell'art. 479 c.p., nei casi in cui il delitto sia commesso da un pubblico ufficiale, ma ricorrano le condizioni di cui all'art. 48 c.p. : suscitano molte perplessità le pronunce che hanno riconosciuto la sussistenza del delitto di cui all'art. 479 c.p., applicando l'art. 48 c.p., in relazione a 'dichiarazioni di

ufficiale, alla quale si perviene mediante false notizie e informazioni ricevute dal privato" (Cass. Pen., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 29860, in *CED Cassazione*, 2006).

⁵⁹⁶ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 26 novembre 1998, n. 6383, in *Cass. pen.*, 2000, p. 383 ss., secondo cui "il permesso di soggiorno rilasciato a cittadini extracomunitari non può considerarsi semplice certificato né autorizzazione amministrativa, ma costituisce un atto che, nell'ambito della tutela penalistica in tema di falso, va qualificato pubblico. Commette pertanto il reato di cui all'art. 479 c.p. il soggetto che, inducendo in errore con l'inganno il pubblico ufficiale, lo determini ad attestare falsamente la sussistenza dei presupposti per la concessione del permesso"; Cass. Pen., sez. V, 22 aprile 2005, n. 19924, in *CED Cass. pen.*, 2005, secondo cui "il permesso di soggiorno rilasciato a cittadini extracomunitari è un atto pubblico; ne deriva che commette il reato di cui agli art. 48 e 479 c.p. il soggetto che alleggi dati non corrispondenti al vero, inducendo in errore con l'inganno il pubblico ufficiale, per ottenere la concessione del permesso". Tale qualificazione è stata giustificata sulla base dell'insussistenza in capo al soggetto di un diritto soggettivo al soggiorno, e della capacità del provvedimento di produrre effetti costitutivi, traslativi, modificativi, estintivi. Condivisibilmente, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 142, rileva che - stando a questa logica - la qualificazione del permesso di soggiorno quale atto pubblico potrebbe essere revocata in dubbio valorizzando il riconoscimento della libertà di migrare, tra l'altro, *ex art. 13* della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

⁵⁹⁷ L. DEGL'INNOCENTI, *Contraffazione, alterazione di documenti di ingresso e soggiorno e loro utilizzo*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 3.

⁵⁹⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 146.

⁵⁹⁹ OLIVERI DEL CASTILLO, *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002 n. 189 : la costruzione della muraglia*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2002, 3, p. 82.

disponibilità' o a 'progetti di assunzione', in quanto per aversi falso, l'enunciato dovrebbe avere un significato descrittivo di fatti o di situazioni⁶⁰⁰.

La seconda ipotesi, riferita alla contraffazione o alterazione di documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno, configura un reato a "consumazione anticipata", ove l'*immutatio veri* non è elemento costitutivo del *Tatbestand* oggettivo, ma finalità che costituisce un dolo specifico, con evidente sbilanciamento della fattispecie in chiave soggettivistica. Tale anticipazione della tutela si acuisce nell'ipotesi di falsificazione di documenti finalizzati al rilascio del contratto di soggiorno, che è a sua volta presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro⁶⁰¹. Ma, in generale, il perfezionarsi della fattispecie nella fase incipiente della sola programmazione, con rischio di sostanziale inoffensività e di difficoltà di accertamento giudiziario dell'elemento soggettivo fa sì che si prospetti una censura di irragionevolezza (art. 3 Cost.) in quanto tali ipotesi sono unificate *quoad poenam* ad una situazione del tutto diversa⁶⁰².

Per quanto riguarda l'aggravante relativa al fatto commesso da un pubblico ufficiale, ci si chiede se per la sua realizzazione sia sufficiente che l'agente sia un pubblico ufficiale - il che renderebbe la previsione totalmente irragionevole -, o che questi abbia altresì agito nell'esercizio delle sue funzioni, soluzione che darebbe luogo ad una inutile duplicazione dell'art. 61 n. 9 c.p.⁶⁰³.

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

In proposito, è stato rilevato che prima della riforma in esame tale condotta non era penalmente irrilevante, essendo riconducibile alla fattispecie

⁶⁰⁰ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 143.

⁶⁰¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 147.

⁶⁰² C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 68.

⁶⁰³ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 148 s.

(generale rispetto a quella in esame) di cui all'art. 489 c.p., che punisce l'uso di atto falso con le pene previste per i delitti in materia di falsità in atti di cui agli artt. 476 e s. c.p., ridotte di un terzo. La previsione nell'art. 5 co. 8 *bis* t.u. di una fattispecie speciale di uso di atto falso, che punisce invece allo stesso modo (reclusione da uno a sei anni) chi contraffà o altera documenti validi per l'ingresso o il soggiorno nello Stato e chi si limita invece a utilizzare quei documenti appare in contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.). Il confronto con l'art. 489 c.p., peraltro, evidenzia che mentre in questa disposizione generale l'utilizzatore dell'atto falso è punito solo se non ha concorso nella falsità, nella disposizione speciale di cui all'art. 5, comma 8 *bis*, t.u. ciò non viene espressamente stabilito, sebbene tale previsione debba ritenersi tacitamente presente in applicazione del principio generale di consunzione. L'utilizzo del documento previamente falsificato è infatti un normale sviluppo della condotta precedente: un postfatto non punibile con il quale l'agente consegue i vantaggi del primo reato (contraffazione o alterazione dei documenti per l'ingresso o il soggiorno nello Stato), nel quale il secondo rimane assorbito⁶⁰⁴ : a tale conclusione si è giunti anche valorizzando l'uso della disgiuntiva 'oppure' per separare le condotte di falsificazione da quella di utilizzo⁶⁰⁵.

Va rilevato peraltro che l'art. 1 *ter* l. n. 102/2009, relativo alla dichiarazione di attività di assistenza e di sostegno alle famiglie (cd. emersione di colf e badanti), ha previsto al co. 15 che "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque presenta false dichiarazioni o attestazioni, ovvero concorre al fatto, nell'ambito della procedura di emersione prevista dal presente articolo, è punito ai sensi dell'articolo 76 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Se il fatto è commesso attraverso la contraffazione o l'alterazione di documenti oppure con l'utilizzazione di uno di tali documenti, si applica la pena della reclusione da

⁶⁰⁴ Così, G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1336.

⁶⁰⁵ L. DEGL'INNOCENTI, *Contraffazione, alterazione di documenti di ingresso e soggiorno e loro utilizzo*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 5.

uno a sei anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale”⁶⁰⁶.

Inoltre, l’attenzione sull’uso di documenti falsificati ritorna nell’art. 12 co. 3 lett. d) t.u. il quale prevede che chiunque, in violazione delle disposizioni del testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui (...) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti.

Venendo all’ ipotesi delle fraudolente alterazioni per impedire l’identificazione o l’accertamento di qualità personali, va osservato che essa è stata introdotta dalla l. n. 125 / 2008 (cd. Pacchetto Sicurezza 2008) all’art. 495 *ter* c.p., che così statuisce: “Chiunque, al fine di impedire la propria o altrui identificazione, altera parti del proprio o dell’altrui corpo utili per consentire l’accertamento di identità o di altre qualità personali, è punito con la reclusione da uno a sei anni. Il fatto è aggravato se commesso nell’esercizio di una professione sanitaria”.

Tale fattispecie è espressamente rivolta a contrastare la pratica, tipica per lo più degli immigrati clandestini, di occultamento della propria identità per mezzo di cancellazione delle papille digitali dai polpastrelli. Tale fenomeno era già diffuso in passato, ma la metodologia usata destava minore allarme: l’abrasione avveniva in genere mediante sfregamento contro superfici ruvide ed aveva effetti transitori; oggi invece si tende ad usare metodi a carattere permanente, come l’immersione dei polpastrelli in acido.⁶⁰⁷

Le alterazioni dovranno ovviamente riguardare proprio quelle parti del corpo utili ad un’eventuale identificazione: polpastrelli, tratti somatici del viso, tatuaggi, cicatrici, segni particolari vari. Ovviamente sarà necessaria la

⁶⁰⁶ Su tale previsione, diffusamente, G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, cit., p. 69 ss.

⁶⁰⁷ M. PANZARASA, *Modifiche in tema di delitti contro la fede pubblica (Falsità personali)*, in AA.VV., “Decreto sicurezza” : tutte le novità, cit., p. 85.

presenza di un dolo specifico, altrimenti non ci si troverebbe dinnanzi ad altro che ad una lecita disposizione del proprio corpo; ed è essenziale anche l' idoneità dell'azione allo scopo, dovendosi quindi escludere le ipotesi di falso grossolano.⁶⁰⁸

Nonostante queste precisazioni, non può non constatarsi l'indeterminatezza della condotta e dell'oggetto materiale : sia il verbo 'alterare' che il riferimento alle 'parti del corpo utili all'identificazione' denotano una scarsa selettività dell'elemento oggettivo della fattispecie;⁶⁰⁹ né appare possibile trasferire nella descrizione del fatto tipico l'elemento della fraudolenza, presente unicamente nel *nomen iuris* e, dunque, da intendersi come non vincolante.⁶¹⁰

E' peraltro evidente l'anticipazione di tutela rispetto alle condotte di falsa dichiarazione di identità e di qualità personali *ex* artt. 495 e 496 c.p. ; ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all' art. 495 *ter* c.p. non è, infatti, necessario che il soggetto si avvantaggi dell'alterazione.⁶¹¹

Secondo i principi generali, risponde del reato anche chi concorre nell'alterazione. In proposito, ci si è chiesti se il terzo possa essere punito anche a titolo di lesioni dolose o se si applichi la scriminante del consenso dell'avente diritto: secondo l'opinione comune, il consenso dovrebbe comunque considerarsi invalido, perché inerente ad una mutilazione permanente e contraria alla legge, ai sensi dell'art 5 c.c.⁶¹²; in senso contrario,

⁶⁰⁸ Così, A. MEREU - R. ZANNOTTI, *Il cd. "decreto sicurezza": profili di diritto sostanziale*, in *Giur. di mer.*, 2009,1, p. 20.

⁶⁰⁹ A. MEREU - R. ZANNOTTI, *Il cd. "decreto sicurezza": profili di diritto sostanziale*, cit., p. 21.

⁶¹⁰ Ciò sarebbe richiedere alla disposizione troppo più di quanto effettivamente dice. *Contra*, A. NATALINI, *Le altre modifiche al codice penale : falsità personali, omicidio volontario aggravato ed attenuanti generiche*, in AAVV, *Il decreto sicurezza*, cit., p. 88 ss : «(...) Senonchè, per meglio definire l'ampia *materia criminis*, qui conviene non disperdere nel nulla quest'importante referente legislativo, "internalizzandolo" in seno al fatto tipico perché comunque positivizzato (sia pure solo) nel *nomen iuris* (fraudolente alterazioni...)».

⁶¹¹ Considera possibile, tra gli altri, il concorso fra gli artt. 495 e 495 *ter* c.p., sulla base dell'argomentazione della loro funzionalità reciproca ma, al contempo, dell'autonomia del disvalore delle condotte, A. VALSECCHI, *Falsità sull'identità e su altre qualità personali*, in AAVV, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 68 ss.

⁶¹² Sull'argomento, A. VALSECCHI, *Falsità sull'identità e su altre qualità personali*, in AAVV, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 66, secondo cui il consenso dell'avente diritto è invalido «poiché quand'anche la menomazione non superasse il limite cd. "quantitativo" fissato dall'art. 5 c.c. ("diminuzione permanente dell'integrità fisica")».

tuttavia, andrebbe enfatizzato il possibile ruolo tipizzante del consenso, presidio ultimo dell'autodeterminazione che è un'espressione incompressibile della dignità umana.

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

Sembra opportuno richiamare, in questa sede, anche l'art. 5 co. 2 *bis* t.u., il quale prevede che lo straniero che richiede il permesso di soggiorno sia sottoposto a rilievi fotodattiloscopici, e ciò indipendentemente non solo dalla sua condizione di irregolare, ma anche da qualsiasi dubbio sulla sua identità⁶¹³. Sulla stessa scia, nelle linee guida per il censimento, diramate dal Ministero dell'Interno nel 2008, fu prevista l'acquisizione delle impronte digitali per i minori dei campi nomadi, purché avessero compiuto sei anni. Si sostenne che questa operazione avvenisse ai fini del rilascio del permesso di soggiorno e fosse funzionale ad individuare le persone che avrebbero potuto legittimamente abitare negli insediamenti autorizzati⁶¹⁴, ma tale motivazione sembra estremamente discutibile.

3. La mancata esibizione di documenti

La fattispecie di mancata esibizione dei documenti era in passato prevista agli artt. 4 e 144 co. 2 TULPS, abrogati dall'art. 6 co. 3 t.u. E, tuttavia, l'art. 144 TULPS, nello stabilire che lo straniero in ogni tempo poteva essere invitato a esibire i documenti di identificazione, specificava che il riferimento era a quelli 'di cui fosse provvisto'.

Per l'esatta lettura della disposizione, occorre tenere in considerazione da un lato la sua riformulazione, dall'altro l'introduzione del reato di

contrasterebbe in ogni caso col cd. limite "qualitativo" fissato dalla norma civilistica, essendo contraria alla legge», cioè all' art. 495 *ter* c.p.

⁶¹³L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, cit., p. 11.

⁶¹⁴GIORDANO, *Impronte e minori*, in *Guida al dir.*, 9 agosto 2008, 32, p. 81.

immigrazione clandestina (art. 10-*bis* t.u.), novità introdotte contestualmente con il c.d. “Pacchetto sicurezza 2009”.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 6 co. 3 t.u. stabiliva che lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisse, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno, sarebbe stato punito con l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a lire ottocentomila. L'art. 6 co. 3, come attualmente riformulato, invece, prevede che “lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000”.

In estrema sintesi, si è provveduto a sostituire l'espressione “non esibisce” con quella “non ottempera all'ordine di esibizione”; si è sostituita la congiunzione “e” tra le classi dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire, in luogo della precedente “o”; ed è stata inasprita la risposta sanzionatoria, cosicché la nuova pena non potrà applicarsi ai fatti commessi precedentemente all'entrata in vigore del Pacchetto sicurezza 2009. Sull'attuale contravvenzione non obblazionabile, si nutrono dubbi relativi alla legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., in considerazione, in particolare, del ben più mite trattamento previsto dalla fattispecie generale di cui all'art. 651 c.p., reato comune - fondato sul rifiuto di fornire le proprie generalità e non di esibire documenti - punito alternativamente con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206 e per il quale, pertanto, è possibile l'oblazione ai sensi dell'art. 162 *bis* c.p.⁶¹⁵ : discriminazione che rivela evidentemente la sua inerenza allo *status* personale del reo⁶¹⁶.

Il fatto, peraltro, rimane un illecito contravvenzionale, strutturato secondo un modello omissivo proprio a consumazione istantanea⁶¹⁷, che si

⁶¹⁵ G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1336.

⁶¹⁶ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 70 s.

⁶¹⁷ M. GAMBARDELLA, *Immigrazione*, cit., p. 2893.

sostanza nella mancata esecuzione di un ordine dell'Autorità : in particolare, secondo parte della dottrina, il bene protetto è da rintracciarsi nell'ordine pubblico, ed in particolare nelle funzioni di polizia preordinate all'identificazione certa ed immediata dello straniero⁶¹⁸. Tuttavia, “se il volto dell'illecito non cambia, si accentua invece nell'economia del reato la rilevanza dell'ordine di esibizione impartito dalle autorità di pubblica sicurezza”. Peraltro, “l'identificazione a cui i pubblici ufficiali di polizia hanno facoltà di procedere nei confronti degli stranieri differisce dalle attività previste dall'art. 349 c.p.p., previste queste ultime a seguito della commissione di un reato nei confronti dell'indagato e delle persone informate sui fatti (eventualmente destinate a assumere poi l'ufficio di testimone)”⁶¹⁹.

Permane, altresì, il riferimento alla circostanza che la mancata esibizione del documento debba avvenire in difetto di un “giustificato motivo”. Sul punto, va osservato che l'assenza di giustificato motivo è condivisibilmente ritenuta, da taluni autori, elemento costitutivo della fattispecie penale, e non mera causa di esclusione della punibilità; come si è rilevato in precedenza⁶²⁰, la Consulta nelle sent. nn. 5/2004 e 349/2010 ha sostenuto che la clausola del giustificato motivo funge “da valvola di sicurezza del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione scatti allorché - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l'osservanza del precetto appaia concretamente inesigibile; in ragione, a seconda dei casi, di cause ostative a carattere soggettivo od oggettivo [...]: estrema indigenza, indisponibilità di un vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, difficoltà nell'ottenimento di titoli di viaggio” . Ad ogni modo, il giustificato motivo – che non corrisponde al motivo giusto, cioè non illecito o antiggiuridico⁶²¹ - è stato rinvenuto, a titolo esemplificativo, nel furto o smarrimento di documenti, ovvero nel mancato possesso in termini assoluti dei documenti, in caso di soggetto minorenn

⁶¹⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 153.

⁶¹⁹ V. DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della “legge sicurezza” 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, p. 343.

⁶²⁰ V. *supra*, p. 209.

⁶²¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 156.

ecc.⁶²² Inoltre, la richiesta di esibizione deve essere formulata in una lingua conoscibile dal soggetto.

A ciò va aggiunto che il comma 4 dell'art. 6 prevede che, qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi sia sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici.

La questione di recente più dibattuta, circa la portata della disposizione in esame, è stata quella relativa alla eventualità che - in seguito all'entrata in vigore della l. n. 94 / 2009 - l'illecito contravvenzionale ex art. 6 co. 3 t.u. potesse essere ancora realizzato da uno straniero in condizioni di soggiorno irregolare.

Nella prima sentenza pronunciata sull'argomento, in seguito alla riforma, dalla Suprema Corte⁶²³, si è ritenuto tuttora configurabile il reato previsto dall'art. 6 co. 3 t.u. nei confronti del cittadino extracomunitario che si trovi irregolarmente nel territorio dello Stato. Si è osservato, infatti, che il problema, da taluno sollevato, circa il valore copulativo o correlativo ovvero alternativo della congiunzione "e" posta tra le classi dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire - adottata nella nuova formulazione in luogo della precedente, sicuramente disgiuntiva, "o" - non possa incidere sulla condizione di esigibilità dell'ottemperanza che è implicita nella clausola del giustificato motivo, né, in ogni caso, sulle situazioni pregresse⁶²⁴.

In senso contrario, si era tuttavia espressa - oltre a numerosi giudici di merito - la I sezione della Cassazione⁶²⁵, a parere della quale i soggetti attivi del reato potevano essere solo gli stranieri legittimamente presenti nel territorio nazionale, e non anche quelli entrati clandestinamente. La Corte, peraltro, rilevato il contrasto tra le sezioni semplici, con l'ordinanza n. 2585 del 2010,

⁶²² M. CALDERANI, *Il reato di mancata esibizione del documento di identificazione*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., pp. 29-30.

⁶²³ Cass. Pen., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, in *Foro it.*, 2010, 2, II, c. 70.

⁶²⁴ In dottrina, sul valore meramente descrittivo-aggiuntivo della previsione, M. CALDERANI, *Il reato di mancata esibizione del documento di identificazione*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 26.

⁶²⁵ Cass. Pen., sez. I, 11 novembre 2010, n. 42318, in *Foro it.*, 2011, 3, II, c.142.

ha rimesso la questione alle Sezioni unite, che, come già anticipato, si sono espresse con la sentenza n. 16453 / 2011⁶²⁶, che in seguito esamineremo.

Va però rilevato che, prima della riforma, si era ormai prevalentemente consolidato l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite penali della Cassazione, con la sentenza n. 45801 del 29 ottobre 2003 (cd. sentenza “Mesky”)⁶²⁷.

Il suo esame servirà a comprendere se le ragioni su cui tale pronuncia si fonda siano oggi ancora valide, come peraltro ritenuto nella menzionata sent. n. 44157/2009.

Nel caso Mesky, la Corte affermò che soggetto attivo del reato potesse essere sia lo straniero regolarmente presente in Italia - il quale a scelta poteva esibire uno dei quattro tipi di documenti previsti dal vecchio art. 6 comma 3 (il passaporto, altro documento di identificazione, il permesso di soggiorno, la carta di soggiorno) - sia lo straniero “irregolare”, sebbene quest’ultimo potesse mostrare unicamente il passaporto o un altro documento di identificazione personale. Si motivava tale conclusione sulla base dell’interpretazione della clausola del “senza giustificato motivo” : “L’ esibizione di un documento, infatti, presuppone che lo stesso esista nel mondo fenomenico o che, quanto meno, possa esistere per la previa attivazione in tal senso del soggetto interessato ed abilitato a farlo, nella condizione data. Nel caso dell’immigrato clandestino la condizione data è, appunto, la sua clandestinità e, in riferimento ad essa, è da escludere in radice che possa esistere il permesso o la carta di soggiorno, perché altrimenti egli non sarebbe più immigrato clandestino. Non appare, quindi, esigibile che questi debba esibire uno di tali documenti, che sul piano naturalistico non sono mai esistiti né potevano esserlo perché del tutto inconciliabili ed ontologicamente esclusi dalla sua condizione di clandestino”⁶²⁸.

⁶²⁶ Cass. Pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, in *Cass. pen.*, 2011, 9, p. 2876 ss.

⁶²⁷ Su questa pronuncia, v. nota di M. GAMBARDELLA, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 785 ss.; F. PALAZZO, *Destinatari e limiti dell’obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2004, 4, p. 783 ss.

⁶²⁸ Cass. Pen., sez. un., 29 ottobre 2003, n. 45801, in *Cass. pen.*, 2004, 782 s.

Si considerava, dunque, che i soli documenti che lo straniero clandestino avrebbe dovuto e potuto esibire su richiesta erano rappresentati dal passaporto e/o da altro documento di identificazione, ossia documenti non connessi alla condizione di clandestinità, ma attinenti esclusivamente alla certa identificazione del soggetto. La Corte affermava, inoltre, che, così interpretata, la disposizione non avrebbe causato un'indiretta punizione della clandestinità. L'interesse protetto dalla norma, infatti, non andava ricercato nella verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma nella attività di pubblica sicurezza volta alla identificazione dei soggetti stranieri presenti nel territorio dello Stato, con la connessa necessità di identificare documentalmente il soggetto: il dato per cui egli sia in regola o meno con le norme in tema di soggiorno è oggetto di un accertamento che ben può avvenire in un momento successivo, susseguente e perciò estraneo alla condotta dovuta al momento della richiesta di esibizione di uno di quei documenti (e, tuttavia, è evidente ed innegabile che vi sia logicamente collegata!). La Corte, a sostegno della propria tesi, rilevava altresì che “non sarebbe giustificabile, sotto i profili costituzionali della ragionevolezza e dell'eguaglianza, una diversa conclusione per la quale chi abbia fatto regolare ingresso nel territorio dello Stato, osservando le sue leggi al riguardo, e legittimamente vi permanga sia assoggettato a sanzione penale nel caso di mancata esibizione dei documenti indicati nella norma; e, per converso, alla stessa sanzione penale non sia assoggettabile lo straniero che, eludendo invece le leggi dello Stato sui controlli di frontiera (art. 4), continui a permanere irregolarmente nel suo territorio ed egualmente non ottemperi alla richiesta di esibire i documenti richiesti, così vanificando del tutto l'interesse dello Stato alla sua compiuta identificazione ed ai conseguenti e successivi controlli: e tra più interpretazioni proponibili deve, di certo, prevalere quella correttamente orientata sotto il profilo della sua legittimità costituzionale”⁶²⁹.

Tale sentenza sembrò così risolvere i dubbi sollevati dalla opposta corrente interpretativa - secondo cui la norma sarebbe stata applicabile ai soli stranieri regolari - che si fondavano principalmente sull'inserimento della norma in esame nel capo relativo alle disposizioni sull'ingresso e sul soggiorno,

⁶²⁹ Cass. Pen., sez. un., 29 ottobre 2003, n. 45801, cit., p. 782.

e sul fatto che, diversamente, si sarebbe finito - seppur indirettamente - per far rilevare penalmente la clandestinità, che allora invece non era penalmente rilevante.

Come anticipato, tali conclusioni sono state ritenute assumibili ancora come valide dalla sent. n. 44157 / 2009 (cd. sent. Calmus), che ha reputato che la novella del 2009 non abbia reso inesigibile in senso assoluto l'obbligo di esibire un documento di identificazione da parte dell'extracomunitario irregolare.

Ma, tali conclusioni - obiettivamente non condivisibili - sono state disattese dalle recenti Sezioni Unite (cd. sent. Alacev), che pare aver definitivamente risolto la questione. Le Sezioni Unite hanno stabilito il principio secondo cui, a seguito della modificazione dell'art. 6 co. 3 t.u., intervenuta ad opera dell'art. 1 co. 22 lett. h) l. 15 luglio 2009, n. 94, il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato sia configurabile esclusivamente nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente *abolitio criminis* per la condotta degli stranieri in posizione irregolare.

Tale decisione è stata argomentata, anzitutto, sulla base del dato testuale, per cui se «è vero che, in astratto, la congiunzione “e” può essere utilizzata in funzioni di collegamento di tipo copulativo (nei senso di “e anche”) sia di tipo disgiuntivo (“e/o”), l'analisi testuale del dettato normativo nel suo sviluppo diacronico (rispetto al precedente testo) e sincronico (rispetto alle coppie alternative poste all'interno delle due categorie di documenti) assegna alla congiunzione “e” il significato della necessaria compresenza delle due categorie di documenti: quelli d'identità (passaporto o altro documento identificativo) e quelli di regolarità (permesso di soggiorno o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato). Dalla successione delle congiunzioni emerge che i collegamenti sono di disgiunzione e alternatività all'interno di ciascuna categoria (stante la fungibilità dei documenti richiamati per attestare rispettivamente l'identità e la regolarità del soggiorno), di addizione e compresenza delle due diverse categorie (essendo

palese l'infungibilità tra documenti d'identificazione e quelli relativi ai soggiorno)».

Inoltre, si è svolta un'indagine anche sulla *ratio* politico-criminale della novella del 2009. Si ritiene, in merito, che se “il legislatore avesse voluto soltanto inasprire il trattamento sanzionatorio per la mancata esibizione dei documenti a carico degli stranieri non comunitari, indipendentemente dalla regolarità o meno dell'ingresso e del soggiorno sul territorio nazionale, avrebbe semplicemente modificato il massimo edittale della pena detentiva e pecuniaria”. La modifica normativa del 2009, invece, è volta «a porre un freno al diffuso fenomeno dell'uso di documenti di soggiorno falsi o contraffatti, così come si ricava dalla contestuale e coerente introduzione (ad opera dell'art. 1 comma 22 lett. f) l. n. 94 del 2009, che ha modificato l'art. 5, comma 8-*bis* d.lgs. 286 del 1998) di una nuova fattispecie penale, che estende la pena della reclusione da uno a sei anni anche all'utilizzazione di uno dei documenti, contraffatti o alterati, relativi all'ingresso e al soggiorno. Tale oggettiva *ratio legis* emerge anche dalla relazione illustrativa dell'articolato proposto dalle Commissioni permanenti I e II riunite, comunicata alla Presidenza del Senato in data 11 novembre 2008, nella quale risulta chiaro che l'interesse protetto dalla norma di cui all'art 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 è mutato in quello della verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale. In detta relazione si legge che con l'art. 39 (poi diventato art. 1 della legge approvata), che modifica in più punti il testo unico sull'immigrazione, con inasprimento delle “norme circa le condizioni di ingresso nel territorio dello Stato e relativamente alla concessione del permesso di soggiorno”, è stata anche “introdotta una sanzione per chi si rifiuti di esibire i documenti di identificazione attestanti la regolare presenza nel territorio dello Stato” (Atti parlamentari -. Senato della Repubblica - n. 733-A, p.7). Per tale attestazione non basta l'esibizione del passaporto o di altro documento d'identificazione, ma è necessaria la congiunta esibizione di essi unitamente a quelli riguardanti illegale ingresso o legittimo soggiorno in Italia»⁶³⁰.

La condotta dello straniero irregolare, dunque, non può essere ricompresa nella nuova fattispecie di cui all'art. 6 co. 3, d.lgs. cit., in forza del

⁶³⁰ Cass. Pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2879.

principio di tipicità, risultando chiaro dal contenuto della norma e dall'interesse da essa tutelato che il soggetto attivo del reato è stato circoscritto allo straniero regolarmente soggiornante. A parere della Corte, quindi, nel caso di specie, “non viene affatto in rilievo la presenza o l'assenza del giustificato motivo, che esclude la configurabilità del reato, né il principio di esigibilità della condotta. La sussistenza dell'eventuale giustificato motivo è, infatti, operazione di verifica rimessa al giudice di merito che, caso per caso, in relazione alla particolare situazione di fatto, oggettiva o eventualmente adottata dall'interessato, ritenga in concreto inesigibile una condotta astrattamente doverosa, mentre nel caso in esame deve prendersi atto che è intervenuta una modificazione legislativa che ha escluso dall'ambito della fattispecie la condotta dello straniero irregolare, con conseguente *abolitio criminis* per gli stranieri in posizione irregolare”⁶³¹.

In conclusione, il legislatore ha introdotto un doppio binario, sanzionando gli stranieri regolarmente soggiornanti, per la mancata esibizione dei documenti, con la pena inasprita dall'art. 6 comma 3 (costringendoli a circolare sempre muniti di completa documentazione d'identità e di soggiorno), e gli stranieri irregolari con un crescendo sanzionatorio - repressivo, scandito sulle diverse eventuali condotte illecite in progressione (artt. 10 *bis*, 14 comma 5 *ter*, 14 comma 5 *quater*, 13 comma 13 del d.lgs. cit.), sempre finalizzato all'espulsione dal territorio nazionale nel più breve tempo possibile, obiettivo che rischierebbe di essere compromesso dai tempi processuali di accertamento e di eventuale esecuzione di pena per il reato di cui all'art. 6 comma 3 (per il quale non sono previsti i meccanismi facilitatori all'espulsione)⁶³².

La Corte rileva, altresì, che al fine di attivare la dinamica repressivo-espulsiva appena indicata è funzionale la stessa previsione dell'art. 6, comma 3, d.lgs. 286 del 1998, nell'interpretazione sopra formulata. Come si è notato, l'interesse protetto da questa norma è quello di procedere immediatamente alla verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, per poter il più rapidamente possibile mettere in opera il meccanismo processual-penale e amministrativo volto all'espulsione dal territorio nazionale

⁶³¹ Cass. Pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2880.

⁶³² Cass. Pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2881.

dello straniero in posizione irregolare. L'identificazione e l'accertamento di regolare presenza degli stranieri legalmente soggiornanti costituiscono, infatti, attività prodromiche e funzionali a innescare il procedimento di espulsione di quelli in posizione irregolare. Invero, la mancata esibizione di documenti attestanti la regolarità del soggiorno, di per sé, costituisce un indizio del reato di cui all'art. 10 *bis*, con tutto ciò che consegue in termini di accertamenti di polizia giudiziaria, a cominciare dai poteri di identificazione di cui all'art. 349 cod. proc. pen.⁶³³.

La sentenza si chiude con l'affermazione per cui in ogni caso, ritenere che la fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, d. lgs. cit., escluda come soggetto attivo lo straniero in posizione irregolare, non implica affatto che egli sia sciolto dai vincoli connessi al dovere di farsi identificare, a richiesta anche di ufficiali e agenti di p.s., applicandosi comunque a tutti gli stranieri l'art. 6 comma 4, che consente di sottoporre a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici lo straniero (in posizione regolare o irregolare) nel caso che vi sia motivo di dubitare della sua identità personale⁶³⁴.

Le Sezioni Unite, dunque, concludono che l'ipotesi normativa in esame debba ritenersi oggi assorbita nel nuovo reato di immigrazione clandestina; e che essendo l'art. 10-*bis* t.u. palesemente eterogeneo, sotto il profilo strutturale, rispetto al previgente illecito previsto dall'art. 6 comma 3, si debba stimare che vi sia stata una parziale *abolitio criminis*. Si ritiene, di conseguenza, impossibile ipotizzare un concorso di reati tra l'art. 6 co. 3 e l'art. 10-*bis* t.u., non tanto perché ciò è escluso dalla clausola di riserva posta nell'*incipit* di quest'ultima disposizione ("salvo che il fatto costituisca reato più grave") - laddove il "fatto che costituisce più grave reato" sarebbe rappresentato, ad onor del vero, dalla classe di fattispecie della mancata esibizione del permesso di soggiorno -, quanto per l'impossibilità in concreto per lo straniero irregolare di realizzare uno dei reati in concorso⁶³⁵.

⁶³³ Cass. Pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2881.

⁶³⁴ Cass. Pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2881.

⁶³⁵ Si ammette, invece, tanto pacificamente quanto poco comprensibilmente, il concorso con l'art. 651 c.p., relativo al rifiuto d'indicazioni sulla propria identità personale; mentre, correttamente, si ritiene non integrabile il reato ex art. 6 co. 3, da soggetti su cui penda un decreto d'espulsione, proprio perché il soggetto, in tal caso, dovrebbe non essere più qualificato come 'presente sul territorio dello Stato' (Trib. Milano, 13 maggio 2009).

La conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite appare preferibile; essa, sostanzialmente, conferma la posizione di chi già prima lucidamente affermava che “con la penalizzazione del soggiorno irregolare, per lo straniero clandestino, dai cui documenti emerga lo *status* di irregolarità, il dovere di esibizione di tali documenti configurerebbe un vero e proprio obbligo di autoincolpazione, che si pone in contrasto con il principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*”⁶³⁶.

Non si condivide, però, il percorso argomentativo che ha condotto a quella conclusione.

Si ritiene, infatti, che, nel caso in esame, la fattispecie non sarebbe risultata realizzabile neppure in precedenza. Da un lato, infatti, bisogna tener conto del principio per cui *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie, il quale comporta che l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta escluda la configurabilità del reato già sul piano della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione. Dall'altro, occorre tener presente il principio del *nemo tenetur se detegere* : oggi, con la criminalizzazione del soggiorno irregolare, per lo straniero clandestino dai cui documenti emerga lo *status* di irregolarità, il dovere di esibizione di tali documenti avrebbe configurato un vero e proprio obbligo di autoincolpazione; ma, già in passato, un'eventuale esibizione di documenti da cui emergesse l'irregolarità avrebbe irrimediabilmente, e più o meno mediatamente che voglia dirsi, condotto all'espulsione, con eventuale detenzione nei C.I.E. (misura sostanzialmente privativa della libertà). Proprio per tale ragione, si è convinti che lo straniero irregolare dovrebbe considerarsi ‘sciolto dai vincoli connessi al dovere di farsi identificare’, anche *ex* comma 4 art. 6 t.u.

Il ragionamento della Corte, invece, sembra avalutativamente declinato secondo una logica funzionalistica che asseconda del tutto il dettato legislativo.

Il fatto che non sussista più alcuna ragione politico-criminale per conservare la vecchia interpretazione dell'art. 6 comma 3, essendo ormai penalmente rilevante *ex se* il soggiorno irregolare, con inevitabile

⁶³⁶ Così, L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino : tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., pp. 60-61.

identificazione del soggetto durante il procedimento penale davanti al giudice di pace per il reato di cui all'art. 10-bis t.u. - per accedere ai nuovi modelli processuali di presentazione immediata o di citazione contestuale dell'imputato, infatti, devono essere necessariamente appurate le generalità dell'immigrato clandestino - è solo una valutazione da farsi sussidiariamente, e non prioritariamente.

Lo stesso rilievo delle Sezioni Unite per cui “la mancata esibizione di documenti attestanti la regolarità del soggiorno, di per sé, costituisce un indizio del reato di cui all'art. 10 bis, con tutto ciò che consegue in termini di accertamenti di polizia giudiziaria, a cominciare dai poteri di identificazione di cui all'art. 349 cod. proc. pen.” fino alla attivazione della “dinamica repressivo-espulsiva”, è sintomatico di una decisione fondata sulla valutazione di ragioni di semplificazione ed efficienza, e che quindi si pone in assoluta linea di continuità con la *ratio* legislativa.

La stessa possibilità - riconosciuta ancora come legittima, *ex art.* 6 co. 4 - di sottoporre il soggetto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, è indicativa della logica riscontrata.

Peraltro, qualche Autore ha altresì rilevato l'inadeguatezza della soluzione della parziale *abolitio criminis*: “Tale conclusione non pare potersi condividere, alla luce di quanto ora riferito circa la specialità dell'art. 6, comma 3, t.u. rispetto al corrispondente reato comune di cui al combinato disposto degli artt. 221 T.U.L.P.S. e 294 R.D. 635/1940: all'evidenza, pertanto, trattasi piuttosto di una *abrogatio sine abolitione*, ovvero dell'abrogazione di una norma cui non consegue l'abolizione del reato bensì un fenomeno di successione di leggi penali derivante dalla riespansione della norma generale”, pur affermandosi la necessità di valorizzare la clausola del *nemo tenetur se detegere*⁶³⁷.

⁶³⁷ Cfr. A. GILIBERTO, *Lo straniero irregolare è ancora punibile per il reato di omessa esibizione dei documenti?*, in *Il Corr. Mer.*, 2011, 3, p. 293 ss. L'Autore, afferma che “anche qualora, infatti, si consideri preferibile la tesi per cui sarebbe da ritenere inesigibile dallo straniero clandestino la condotta di esibizione (per la ragione or ora esposta), tale inesigibilità potrà collocarsi sul piano delle cause di giustificazione ovvero delle scusanti, non escludendo tuttavia in radice l'applicabilità della sopraccitata normativa T.U.L.P.S.: nessuna *abolitio criminis* deve allora configurarsi, anche se a livello pratico il clandestino si troverà comunque a

non rispondere del reato ascrittogli, ma con diversa formula assolutoria”. Così, anche, G. GATTA, *Inottemperanza del ‘clandestino’ all’ordine di esibire i ‘documenti’ : davvero abolitio criminis ?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 11, p. 1348 ss. Secondo l’Autore, quando ad essere abrogata è una norma incriminatrice in rapporto di specialità con una o più norme diverse, le norme preesistenti di riferimento riespandono la propria sfera di dominio, determinandosi così una sostanziale ipotesi di successione di leggi, disciplinata dall’art. 2, comma 4, c.p. (con applicazione della pena più mite e salvezza dei fatti coperti dal giudicato) : “A noi pare che una simile norma incriminatrice sia identificabile in quella risultante dal combinato disposto degli artt. 294 r.d. 6 maggio 1940, n. 635 (reg. esec. t.u.l.p.s.) e 221 t.u.l.p.s., che stabiliscono il principio generale - operante pertanto nei confronti di chiunque: cittadino o straniero - dell’obbligo di esibizione della carta d’identità o di un documento equipollente, ad ogni richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza; obbligo il cui inadempimento integra una contravvenzione punita con l’arresto fino a due mesi o con l’ammenda fino a euro 103 . Se è vero, come ci sembra, che questa disposizione è generale rispetto alla sotto-fattispecie di mancata esibizione dei documenti d’identità, descritta dal previgente art. 6, comma 3, t.u., ne consegue che ad essa, senza soluzione di continuità, sono riconducibili i fatti antecedentemente commessi nel vigore della norma speciale abrogata, e che l’*abolitio criminis*, affermata dalle S.U. con la sentenza annotata, deve invece essere esclusa. In base all’art. 2, comma 4, c.p., pertanto, se in relazione a quei fatti non è ancora intervenuta sentenza irrevocabile di condanna dovrà trovare applicazione, previa riqualificazione del fatto, la disciplina, più favorevole prevista per la contravvenzione di cui al t.u.l.p.s. (per la quale è ammessa l’oblazione ex art. 162 bis c.p.); se, viceversa, è già intervenuta sentenza irrevocabile, il giudicato impedirà l’applicazione retroattiva della disciplina più favorevole al reo e la condanna per la contravvenzione di cui all’art. 6, comma 3, t.u. imm. dovrà continuare ad essere eseguita”. *Contra*, M. GAMBARDELLA, *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero “irregolare”*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 173 ss., secondo cui non si può parlare di (una parziale) *abrogatio sine abolizione*, giacché la norma sopravvenuta contenuta nell’art. 10 bis t.u. copre certamente lo spazio lasciato libero della riformulazione del nuovo art. 6 comma 3, ma lo fa con una fattispecie astratta eterogenea; e, pertanto, non sussiste continuità normativa tra le due incriminazioni avvicendatesi nel tempo. Da ciò, l’Autore deduce che la riformulazione delle disposizioni incriminatrici in materia di soggiorno dell’extracomunitario, palesano come sia ineludibile per il legislatore l’inserimento di disposizioni transitorie, che permettano di evitare parziali abolizioni non volute - come in realtà era nella *mens legis* in tal caso - in presenza di riformulazioni delle figure di reato, cui conseguono, ai sensi dell’art. 673 c.p.p., le revoche delle sentenze definitive di condanna. Disposizioni transitorie che derogano, però, al principio della retroattività della legge penale favorevole, escludendo l’applicazione con effetto retroattivo della norma abolitiva (o l’operatività per il passato di una legge che ha introdotto comunque una disciplina più favorevole, una c.d. *lex mitior*) e che pertanto dovranno superare il controllo sempre più stretto della Corte costituzionale: ciò anche alla luce della recente pronuncia della Corte Europea dei diritti dell’uomo Scoppola c. Italia (Grande Camera, 17 settembre 2009), la quale ha definitivamente sancito che l’art. 7 par. 1 della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma anche quello di retroattività della legge penale più mite. In giurisprudenza, conforme a quest’ultima posizione, Trib. Torino, 4 maggio 2011, su www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo cui «a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 94 del 2009, art. 1, comma 22, lettera h), al reato di cui all’art. 6, comma 3, d. lgs. 286 del 1998 (incriminante la condotta dello straniero inottemperante “all’ordine di esibizione del passaporto o di un altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato”), tale reato non è più applicabile allo straniero irregolare. Tale modifica normativa ha rappresentato

Restano comunque ancora degli interrogativi. In particolare, vi è da riflettere sulla ammissibilità di una *lex mitior* giurisprudenziale retroattiva, che nel nostro sistema costituzionale continentale - ove non sussiste un valore vincolante del precedente - è da negarsi.

Tale conclusione pare confermata da una recente pronuncia della Consulta⁶³⁸ che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 13, 25 co. 2, 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost., dal Tribunale di Torino, relativamente alla parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale - intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato. La questione di legittimità costituzionale, sollevata proprio in relazione all'art. 6 co. 3 T.u., è stata ritenuta infondata, non sussistendo contrasto con il combinato disposto dell'art. 117 Cost. con l'art. 7 CEDU⁶³⁹, in quanto la Corte di Strasburgo non ha mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza. I giudici europei si sono occupati di questi ultimi solo con riferimento al diverso principio dell'irretroattività della norma sfavorevole; principio che «rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale della fattispecie. Nessun collegamento con la predetta libertà ha, per converso, il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla

una *abolitio criminis* del reato ascritto allo straniero che si trovasse in posizione irregolare al momento della contestazione, la cui condanna - se definitiva - deve pertanto essere revocata ai sensi dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 2, comma 2, c.p.».

⁶³⁸Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, inedita, consultabile su <http://www.giurcost.org/decisioni/2012/0230s-12.html>

⁶³⁹ L'articolo 7 Cedu è interpretato dal remittente nel senso che esso da un lato, sancisce implicitamente anche il principio di retroattività dei trattamenti penali più favorevoli e, dall'altro, ingloba nel concetto di “legalità” in materia penale non solo il diritto di produzione legislativa, ma anche quello di derivazione giurisprudenziale (v. § 1 del considerato in diritto).

commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca: trovando detto principio fondamento piuttosto in quello di eguaglianza, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore»⁶⁴⁰. Peraltro, posto che l'ipotetica "norma convenzionale interposta" chiamata a fungere da parametro di verifica della legittimità costituzionale della disposizione denunciata risulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea, avrebbero impedito di giungere ad una pronuncia diversa già il principio di riserva di legge in materia penale *ex art. 25 co. 2 Cost.*, il principio di separazione dei poteri di cui all'art. 101 co. 2 Cost., la mancanza di un ruolo vincolante del precedente nel nostro ordinamento e l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti.

In conclusione, vanno sollevate perplessità sulla stessa conservazione 'generale' - ossia anche in relazione agli stranieri regolari - della disposizione di cui all'art. 6 comma 3⁶⁴¹: essa si presenta, infatti, come una fattispecie di mera disobbedienza. Ciò che qui rileva è unicamente il dato della insubordinazione o infedeltà alla legge. Ciò viene simbolicamente rimarcato con la scelta di sostituire l'espressione "non esibisce" con quella "non ottempera all'ordine di esibizione", che, sebbene non comporti alcuna differenza applicativa, assume un valore tutto iconico.

Se per offesa si intende qualsiasi alterazione in peggio di un bene o di un interesse concreto e socialmente apprezzabile, qui essa non è rintracciabile. E la punizione della mera trasgressione ad una legge, al di là dell'offesa concreta ad un qualsiasi bene finale, è tipica di un sistema - inaccettabile - ove le esigenze garantistiche sono piegate a logiche securitarie.

⁶⁴⁰ Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, cit., § 7 del considerato in diritto.

⁶⁴¹ Sul punto, la Corte Costituzionale ha già più volte fatto richiamo all'insindacabilità del piano delle scelte politiche del legislatore (v. Corte cost., ord. 16 marzo 2001, n. 68, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2 ss.; nonché, Corte cost. (ord.), 14 dicembre 2001, n. 408, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1363 ss., che, in particolare, era chiamata ad esprimersi sul profilo della mancanza di effettività della sanzione, in quanto inflitta a destinatari irreperibili e comunque non identificabili).

“Come si è visto, l'intero sistema penale dell'immigrazione clandestina è permeato da una ispirazione punitiva della condizione dello straniero irregolare: alla stessa logica il legislatore ha tentato di piegare la riforma della fattispecie di omessa esibizione, attraverso una sostanziale ridefinizione dell'interesse tutelato”⁶⁴² : da quello all' identificazione dello straniero a quello della repressione della clandestinità. Tuttavia, il tentativo di introdurre l'obbligo di una doppia produzione documentale per consentire di verificare, oltre che l'identità, anche la regolarità dello straniero, nel fine precipuo di facilitarne l'eventuale espulsione sembra solo temporaneamente sventato ad opera della Suprema Corte. E' evidente che la fattispecie, posta a salvaguardia dell' ordine pubblico inteso nella sua accezione meramente ideale, comporti una notevole rarefazione dell'oggetto di tutela, accompagnata da un'intollerabile anticipazione dell'intervento penale. Questa caratteristica è sintomatica delle ipotesi - assai frequenti in materia di sicurezza pubblica - in cui la *ratio* diviene artificialmente bene giuridico⁶⁴³.

Tutto ciò non può che rilevare negativamente, inoltre, nella prospettiva della realizzazione di una funzione della pena costituzionalmente orientata *ex art. 27 co. 3 Cost.*, in quanto non può essere accettata dal reo poiché iniqua, una pena irrogata solo per una disobbedienza sintomatica, ma non offensiva. Inoltre, ci si deve interrogare sulla ragionevolezza di “prevedere la sanzione penale congiunta di arresto e ammenda (neppure oblabile) nei confronti di un soggetto regolarmente soggiornante in Italia, nel caso in cui egli non ottempera (senza giustificato motivo) all'ordine di esibizione dei suoi documenti di identità e di soggiorno: atteso che, nei riguardi dei clandestini, il rilievo della condizione di irregolarità *ex art. 10-bis t.u.*, comporta invece l'applicazione della sola pena pecuniaria dell'ammenda (pure destinata a rimanere il più delle volte inevasa, residuale com'è rispetto all'espulsione eseguita in via amministrativa)”⁶⁴⁴. Al di là di queste ultime discrasie con riferimento ai

⁶⁴² V. DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della “legge sicurezza” 2009*, cit., p. 361.

⁶⁴³ In proposito, v. più ampiamente *infra*, cap. IV, par. 1.

⁶⁴⁴ V. DI PEPPE, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. UU., 24 febbraio 2011, n. 16453*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 2886, p. 2893.

destinatari extracomunitari, l'art. 6 co. 3 determina una ben più grave e profonda violazione dell'art. 3 Cost. Infatti, tale disposizione non si applica, così come tutte quelle del Testo Unico, ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, se non in quanto si tratti di norme più favorevoli. Così, per la stessa condotta, essi saranno puniti, come gli italiani⁶⁴⁵, assai più favorevolmente, *ex art.* 221 R.d. n. 773 del 1931. Quest'ultimo prevede che, salvo quanto previsto dall'art. 221-*bis*, le contravvenzioni alle disposizioni di tali regolamenti siano punite con l'arresto fino a due mesi o con l'ammenda fino a € 103,00 : tale disposizione va letta in relazione con l'art. 294 R.d.n. 635/1940, che, in attuazione del summenzionato T.U.L.P.S., prescrive che la carta d'identità od i titoli equipollenti debbano essere esibiti ad ogni richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza.

4. I reati commessi da terzi

4.1. Le ipotesi di favoreggiamento

Un'ulteriore categoria di condotte incriminate nel T.u.imm. è quella relativa ai reati di favoreggiamento.

Tale tipologia di reati ha conosciuto nel tempo numerose forme⁶⁴⁶ : dall'art. 12 l. n. 943 /1986, disposizione che tuttavia fu ritenuta applicabile al solo ambito di pertinenza dell'intermediazione nel mercato del lavoro, lasciando fuori forme di agevolazioni concernenti la materia dell'ingresso e del soggiorno illegale; all'art. 3 l. n. 39/1990; all'art. 12 della l. n. 40/1998, cd. Turco-Napolitano. Inoltre, anche sul piano quantitativo, le ipotesi di

⁶⁴⁵ Infatti, sebbene il d. lgs. 52/2002, all'art. 1 co. 2, abbia previsto per i cittadini comunitari che essi debbano essere in possesso di un documento di identificazione, valido secondo la legge nazionale almeno all'atto dell'ingresso nel territorio dello Stato, e siano tenuti ad esibirlo ad ogni richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza, non è prevista una sanzione penale per la sua violazione. Ad ogni modo, la disposizione *ex art.* 221 ricalca quelle dell'art. 7 *septies* della legge Martelli, nonché degli artt. 4 e 117 T.u.l.p.s., in combinato disposto con l'art. 204 del relativo regolamento attuativo.

⁶⁴⁶ In proposito, si veda M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 35 ss.

favoreggiamento sono andate aumentando (favoreggiamento semplice, aggravato, abitativo ecc.).

L'attenzione verso tali ipotesi di reato è stata determinata da un lato da forti spinte internazionali (Convenzione OIL n. 143/1975, art. 68 Convenzione NU sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, Convenzione di Palermo, Direttiva n. 52/2009 ecc.); dall'altro anche dal suo presunto collegamento con taluni reati definiti strumentali (falso documentale, corruzione del pubblico ufficiale ecc.), con alcuni reati definiti finali (sfruttamento sessuale o lavorativo) o con reati occasionalmente connessi (incidenti durante il trasporto)⁶⁴⁷.

Le condotte di *trafficking in human beings* e di *smuggling of migrants* sono state previste, anche nel nostro ordinamento, agli artt. 600, 601, 602, 603 c.p. e 12 t.u. Ovviamente, mentre, sul piano formale, nel favoreggiamento la vittima assume un ruolo attivo, nella tratta ha un ruolo passivo; ciò non elimina la difficoltà di distinguere tra migrante consenziente e non, soprattutto laddove il consenso può anche coprire il lavoro svolto per ripagare le spese di viaggio (cd. schiavitù per debiti). Ad ogni modo, la tratta e la schiavitù non si riferiscono soltanto a vittime extracomunitarie e, quindi, per ragioni di economia del presente lavoro, non saranno trattate specificamente in questa sede.

Va preliminarmente ricordato che - in virtù del principio di territorialità *ex art. 6 c.p.*, e dell'assenza di previsioni in senso contrario, come ad esempio quella di cui all'art. 604 c.p. per i delitti di tratta e schiavitù -, ai fini della punibilità è necessario che almeno una parte dell'azione sia tenuta nel territorio italiano⁶⁴⁸.

Anche questa fattispecie può essere considerata, in un certo senso, un cavallo di Troia rispetto all'introduzione dell'art. 10 *bis* t.u. Infatti, si è iniziato a colpire il favoreggiamento dell'ingresso e della permanenza irregolare, ancor prima che queste ultime condotte fossero ritenute di per sé penalmente rilevanti.

⁶⁴⁷ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 431 s.

⁶⁴⁸ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 466.

La disposizione cardine in materia di favoreggiamento è l' art. 12 t.u., che attualmente fa perno principalmente su tre tipologie di ipotesi: il favoreggiamento dell'ingresso irregolare e dell'emigrazione irregolare (co. 1 e 3), il favoreggiamento della permanenza irregolare (co. 5) ed il favoreggiamento abitativo (co. 5 *bis*).

Rientrano nel primo e nel terzo comma le attività funzionalmente connesse all'ingresso, anche se successive ad esso.

La riforma della disciplina penale in materia di immigrazione, attuata dalla l. n. 94/2009, ha apportato importanti modifiche alla disciplina in esame, in particolare al primo e al terzo comma dell'art. 12 t.u. Quanto al primo delitto, la descrizione della fattispecie legale è stata resa più precisa attraverso l'indicazione dettagliata, a carattere esemplificativo, di condotte di trasporto di stranieri che costituiscono atti diretti a procurare l'ingresso illegale dello straniero nel nostro Paese, ovvero di una persona (cittadino o straniero) in un altro Stato. Il nuovo art. 12, comma 1, t.u. assoggetta infatti a pena, salvo che il fatto costituisca più grave reato, “chiunque, in violazione del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente” . «La novella non amplia l'area di applicabilità della fattispecie legale, atteso che le condotte sopra indicate erano senz'altro riconducibili al concetto di “atti diretti a procurare l'ingresso” illegale nel territorio del nostro o di altro Stato ed anzi sono quelli che non avevano dato adito nella pratica a difficoltà applicative»⁶⁴⁹, ma di certo non pone neanche fine al *deficit* di determinatezza, dato il permanere del riferimento agli “altri atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato”; secondo alcuni Autori, inoltre, sarebbe incongruo il riferimento a chi effettua il trasporto, in quanto il trasportatore spesso sarebbe uno strumento esecutivo cui è affidata appunto l'esecuzione materiale del trasporto dagli organizzatori della

⁶⁴⁹ Così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 463.

migrazione illegale⁶⁵⁰. Si fa riferimento a “stranieri”, cosicché per integrare la fattispecie sembra necessario che essa coinvolga più soggetti; secondo alcuni Autori, tuttavia, il reato sarebbe configurabile nel caso in cui le condotte abbiano ad oggetto anche un singolo soggetto, e a conferma di quanto affermato viene sottolineato che la pena della multa verrà solo aumentata in proporzione al numero delle vittime coinvolte⁶⁵¹. Sul piano delle sanzioni, è stata notevolmente inasprita la pena della multa, comminata congiuntamente alla reclusione da uno a cinque anni: non più multa “fino a 15.000 euro” per ogni persona, ma multa “di 15.000 euro” per ogni persona.

Quanto poi all’ipotesi di cui al co. 3 dell’art. 12 t.u., prima della riforma del 2009 essa si distingueva da quella prevista dal primo comma unicamente per il dolo specifico del fine di profitto. Le due ipotesi costituenti delitti condividevano una serie di circostanze aggravanti e attenuanti, rispettivamente previste dai commi 3 *bis*, 3 *ter* e 3 *quinqües* dell’art. 12 t.u. La recente riforma ha radicalmente mutato la situazione, in quanto il “fine di trarre profitto, anche indiretto” è ora circostanza aggravante comune a entrambi i delitti, come lo è anche il fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo, ovvero l’ipotesi in cui i fatti di favoreggiamento della migrazione illegale riguardino l’ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento (con incremento del *quantum* di pena da un terzo alla metà, ed applicazione della multa di 25.000 euro per ogni persona di cui si è favorita la migrazione clandestina *ex* art. 12 co. 3 *ter* t.u.); inoltre, la fattispecie prevista dall’art. 12 co. 3, per cui è

⁶⁵⁰ G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, cit., p. 73. L’art. 12 co. 6 prevede inoltre che “il vettore aereo, marittimo o terrestre, è tenuto ad accertarsi che lo straniero trasportato sia in possesso dei documenti richiesti per l’ingresso nel territorio dello Stato, nonché a riferire all’organo di polizia di frontiera dell’eventuale presenza a bordo dei rispettivi mezzi di trasporto di stranieri in posizione irregolare. In caso di inosservanza anche di un solo degli obblighi di cui al presente comma, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 per ciascuno degli stranieri trasportati. Nei casi più gravi è disposta la sospensione da uno a dodici mesi, ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall’autorità amministrativa italiana inerenti all’attività professionale svolta e al mezzo di trasporto utilizzato. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689”.

⁶⁵¹ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. Pen. proc.*, 2009, 1S, p. 20.

prevista la pena della reclusione da cinque a quindici anni e della multa di 15.000 euro per ogni persona, contempla quelle che in passato erano le circostanze aggravanti comuni ai delitti previsti dal primo e dal terzo comma (cioè le ipotesi in cui vi sia l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; la persona trasportata sia stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; il fatto sia commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; gli autori del fatto abbiano la disponibilità di armi o materie esplosive).

Secondo taluni, nonostante le modifiche, l'ipotesi di cui al comma 3 avrebbe ancora natura di reato autonomo sia per la considerazione che la norma non contiene un rinvio formale al fatto e alla cornice sanzionatoria del primo comma ma prevede una condotta ed una cornice edittale autonome, sia in virtù del dato per cui si opera sempre un riferimento separato 'ai fatti del primo e del terzo comma'⁶⁵²; secondo altri - a maggior ragione in virtù dell'eliminazione del fine di profitto - si tratterebbe di una circostanza aggravante⁶⁵³. In realtà, qui si palesa un problema di tecnica legislativa; infatti, benché la previsione di cui all'art. 12 co. 3 t.u. si presenti sostanzialmente come un'aggravante rispetto all'ipotesi di cui al co.1, così opinando il comma 3 *ter* dell'art. 12 t.u. assumerebbe il discutibile ruolo di aggravante di un'aggravante.

Viene conservata la previsione della confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato per commettere i delitti di favoreggiamento in esame (v. ora il comma 4 *ter* dell'art. 12); nonché, sotto il profilo processuale (cfr. il novellato art. 12, comma 4, t.u.), la previsione dell'arresto obbligatorio per i delitti di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 12, ma non più l'obbligatorietà del rito direttissimo; il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 12, inoltre, stabilisce che “quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai

⁶⁵² A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 22.

⁶⁵³ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 53; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 465.

quali risulta che non sussistono esigenze cautelari”]; una modifica apportata all'art. 407 c.p.p. inserisce, infine, il delitto di cui all'art. 12 co. 3 t.u. tra i reati per i quali la durata massima delle indagini preliminari è pari a due anni⁶⁵⁴.

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

A parere di molti, la fattispecie di favoreggiamento si strutturerebbe come plurioffensiva: sarebbero, infatti, tutelati sia l'interesse dello Stato all'integrità dei confini e all'effettività dei controlli sull'ingresso, che la sicurezza e dignità delle persone il cui ingresso e soggiorno irregolare è favorito o procurato. Secondo altri, mentre nell'ipotesi semplice (di cui al co. 1) sarebbe tutelata la politica dei flussi, nelle ipotesi aggravate alla tutela della politica dei flussi si aggiungerebbe quella della dignità del migrante. In tal senso, si rileva che quando si tutelano le politiche dei flussi vi è un'espansione dell'uso del diritto penale; quando invece si tutela la dignità si verifica una restrizione dell'area coperta dallo stesso, perché viene sempre richiesto il dolo specifico⁶⁵⁵.

Ma, anzitutto, è risaputo che il richiamo alla plurioffensività, nella maggior parte dei casi, rappresenta un mero tentativo di mascherare la volontà di ampliare l'incidenza dello strumento penalistico, ammettendo la configurabilità del fatto tipico alternativamente nei casi in cui vi sia offesa ad uno qualsiasi dei beni considerati, tentativo sventabile solo ricordando che se il reato è plurioffensivo occorre che vi sia offesa di tutti i beni tutelati; tuttavia, i beni giuridici, nelle fattispecie costruite come plurioffensive, sembrano spesso perdere determinatezza e concretezza.

⁶⁵⁴ Per la dettagliata analisi delle modifiche apportate dalla novella del 2009, G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1338-1339.

⁶⁵⁵ Così, M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina*, nella relazione al Convegno “Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare”, 11 Novembre 2011, Prato, patrocinato dall'A.I.D.P. - GRUPPO ITALIANO, Sezione giovani penalisti.

Inoltre, va rilevato che il bene giuridico tutelato da una fattispecie incriminatrice non può mutare in ragione della sussistenza di una circostanza aggravante.

Peraltro, uno sguardo complessivo all'intera normativa in materia di immigrazione ed al forte inasprimento - tutto in chiave marcatamente soggettivistica - che ha subito negli ultimi anni dimostra che il reale bene giuridico tutelato va rintracciato nell'ordine e nella pubblica sicurezza, preso in considerazione in un'ottica marcatamente ideale, quale protezione dei principi e delle istituzioni "alla cui continuità ed immutabilità si vuole sia affidata la sopravvivenza della comunità organizzata"⁶⁵⁶. Tale idea risulta avallata dalla centralità della fattispecie base di cui al comma 1, dall'assenza di strumenti di tutela dello straniero che si presume sfruttato - in quanto, fatta salva l'applicabilità di permessi speciali e comunque temporanei (art. 18, 11 co. 1 lett. *c bis*, o eventualmente 19 t.u.), la sorte dello straniero è l'espulsione - , nonché dal riferimento ai soli immigrati irregolari quali soggetti passivi⁶⁵⁷ o - come si vedrà⁶⁵⁸ - quali meri oggetti materiali. Viene da chiedersi, infatti, se nelle fattispecie di cui all'art. 12 t.u., l'immigrato sia il titolare del bene tutelato (e in tal caso non si tratta di un concorrente necessario) o piuttosto un mero oggetto materiale, ossia la persona su cui ricade la condotta⁶⁵⁹. Ad ogni modo, per tali ragioni, la previsione di un reato di favoreggiamento semplice appare criticabile.

Anche per quanto riguarda l'art. 12 co. 5 *bis* t.u. l'individuazione del bene giuridico tutelato è controversa. Alla interpretazione propensa a riconoscere una plurioffensività, si affianca un orientamento minoritario secondo cui «la norma in esame non richiederebbe che il lucro *contra jus* sia tratto dallo sfruttamento della condizione di clandestinità dello straniero e dunque, si presterebbe ad abbracciare tutti i frequenti casi di affitto a un prezzo equo ma in nero, ovvero in frode all'erario. In questo modo, nelle ipotesi più gravi di approfittamento della condizione di illegalità (si pensi ai casi in cui il

⁶⁵⁶ C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, p. 1093.

⁶⁵⁷ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 129.

⁶⁵⁸ Approfonditamente, *infra*, cap. IV, par. 1.

⁶⁵⁹ Cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 127 ss.

canone sia esorbitante, il tipo di contratto sia del tutto svantaggioso per il conduttore o, ancora, la permanenza nell'alloggio rasenti condizioni "disumane" per il numero di soggetti ospitati o per le condizioni dell'immobile) ricorrerà il favoreggiamento della permanenza»⁶⁶⁰. In tal caso, dovrebbe palesemente riconoscersi la mono-offensività della disposizione che prescinderebbe dalla tutela del clandestino (al più vittima eventuale del fatto illecito)⁶⁶¹. Stando a questa lettura, dunque, si dovrebbe propendere per la tutela del solo ordine pubblico. Tale ricostruzione peraltro sembra supportata dalla oggettiva difficoltà per lo straniero di agire a tutela dei propri diritti soprattutto in seguito all'introduzione dell'art. 10 *bis*, difficoltà che disvelerebbe la reale *ratio* della disposizione. Inoltre, se il bene tutelato fosse stato l'interesse economico dello straniero sarebbe stato più coerente continuare ad ammettere la realizzazione del reato anche in forma omissiva, ossia anche attraverso la mancata risoluzione del contratto di locazione per sopravvenuta perdita del titolo di soggiorno⁶⁶².

Comunque sia, anche per l'art. 12 t.u., i beni giuridici di riferimento si rivelano gli onnipresenti ed elastici ordine e sicurezza pubblica, poiché è evidente che l'interesse dei migranti va in senso assolutamente contrario a quello dell'incriminazione, che potrebbe prospettarsi addirittura lesiva dello stesso⁶⁶³. Sebbene alcuna dottrina reputi che, grazie all'apprezzabile interpretazione adottata dalla giurisprudenza - la quale ad esempio valorizza fortemente il dolo specifico nelle ipotesi di cui ai commi 5 e 5 *bis* -, queste disposizioni abbiano un ruolo di tutela del migrante, il dato normativo testuale non assicura applicazioni giurisprudenziali certe. Peraltro, che la fattispecie in sé non è rivolta alla tutela dell'immigrato dalla messa in pericolo della sua incolumità, dallo sfruttamento o da trattamenti inumani - laddove il consenso

⁶⁶⁰ V. F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 29.

⁶⁶¹ E. INFANTE, *Le modifiche ai reati in tema di circolazione stradale e immigrazione*, in AA. VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica, Commento alla legge 24 luglio 2008 n. 125*, Bari, 2008, p. 58 ss.

⁶⁶² R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D. l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, cit., pp. 214-216.

⁶⁶³ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 213; F. VIGANO', *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, cit., p. 24.

dell'immigrato sarebbe invalido, in considerazione del suo stato di bisogno - è confermato dal dato per cui tali circostanze siano contemplate tra le aggravanti o nella sola fattispecie di cui al co. 3⁶⁶⁴.

D'altronde, è stato autorevolmente rilevato che le figure di reato previste dall'art. 12 t.u. presentano numerosi punti di convergenza con le normative emergenziali a tutela dell'ordine pubblico : anticipazione e dilatazione dell'intervento penale; rigorismo repressivo e limitazione della discrezionalità giudiziale⁶⁶⁵.

Ma veniamo all'analisi delle fattispecie in esame.

Il mero traffico illecito, *rectius* il favoreggiamento dell'immigrazione o quello dell'emigrazione irregolare, preso in considerazione nel primo comma dell'art. 12, è un tipico reato di disobbedienza, in cui è assente qualsiasi elemento riferibile a condotte di sfruttamento. La disposizione - una norma a più fattispecie, in cui il reato rimane unico anche se si realizzano contestualmente più condotte - prevede che “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona”.

Un profilo problematico della fattispecie è rappresentato dall'interpretazione del requisito, rimasto inalterato anche nella versione del 2009, secondo cui l'ingresso dev'essere realizzato in violazione delle disposizioni del Testo unico in materia di immigrazione. Secondo la giurisprudenza prevalente, tale requisito è integrato dalla violazione delle disposizioni relative all'ingresso clandestino nel territorio dello Stato. Secondo un orientamento minoritario, invece, il reato sarebbe consumato anche nel caso in cui l'ingresso si sia realizzato nel rispetto delle disposizioni amministrative ad esso relative (ad esempio, si pensi all'ipotesi in cui il visto di ingresso sia

⁶⁶⁴ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 15.

⁶⁶⁵ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 135 s.

stato richiesto o eventualmente ottenuto, ma in maniera fraudolenta o mediante la simulazione dei requisiti necessari⁶⁶⁶; o, al caso in cui l'ingresso nel territorio nazionale sia avvenuto regolarmente, attraverso il prescritto valico di frontiera, con un valido passaporto e per motivi turistici, ma risulti che in realtà è finalizzato ad una permanenza illegale o ad attività lavorative⁶⁶⁷; oppure, la situazione in cui l'ingresso legale si sia rivelato un pretesto per lo sfruttamento lavorativo dello straniero⁶⁶⁸). Tale differenza, in effetti, dipende dal fatto che taluni Autori riferiscono il requisito dell'illiceità speciale allo straniero, altri al favoreggiatore: quest'ultima interpretazione, tuttavia, segnala un grave *deficit* di determinatezza-tassatività della fattispecie, non fosse altro perché può leggersi in due modi così diversi. Deve comunque ritenersi che la condotta penalmente rilevante prevista dall'art. 12 co. 1 e 3 sia esclusivamente quella intesa a favorire l'ingresso nel territorio dello Stato dello straniero in assenza di valido documento legittimante l'ingresso o in presenza di documento ottenuto con artifici o in modo illecito, e non anche quella di chi favorisce l'ingresso di persona munita di regolare visto, a nulla rilevando i progetti, le intenzioni o le speranze di quest'ultima, eventualmente difformi da quanto consentito dal visto⁶⁶⁹, pena un'analogia *in malam partem*.

⁶⁶⁶ Cass. Pen., sez. I, 8 maggio 2002, n. 22741, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2049 ss. La Corte di Giustizia, recentemente, si è espressa sull'ipotesi del favoreggiamento dell'ingresso nel territorio di uno Stato dell'Unione di cittadini extracomunitari in possesso di un visto ottenuto in maniera fraudolenta, per quanto riguarda un profilo particolare della questione; essa, infatti, ha affermato che non vi sono ragioni per ritenere contraria al diritto dell'Unione l'applicazione di sanzioni penali a carico di chi abbia favorito l'ingresso nel territorio dell'Unione di cittadini di Paesi terzi muniti di visti ottenuti in modo fraudolento, anche quando tali visti non siano stati previamente annullati dall'autorità competente (Corte di Giustizia, C-83/12 PPU, 10.4.2012, Vo). D'altronde, l'art. 4 co. 2 t.u. espressamente afferma che la presentazione di documentazione falsa o contraffatta o di false attestazioni a sostegno della domanda di visto comporta automaticamente, oltre alle relative responsabilità penali, l'inammissibilità della domanda.

⁶⁶⁷ Cass. Pen., sez. VI, 16 dicembre 2004, n. 9233, in *Cass. pen.*, 2006, 4, p. 1566 ss.

⁶⁶⁸ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p.21; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 45.

⁶⁶⁹ Cass. Pen., sez. I, 21 ottobre 2004, n. 49258, in *Cass. pen.*, 2005, 11, p. 3525 ss. Nella specie, è stato ritenuto insussistente il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina contestato a persona che aveva trasportato in Italia cittadini extracomunitari muniti di regolare visto turistico, sul rilievo che appariva meramente congetturale l'ipotesi di una permanenza degli stranieri medesimi nel nostro Paese oltre i limiti temporali indicati nel visto stesso.

Problemi interpretativi pone soprattutto la seconda parte del comma 1 (“altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso”), ove sembra riscontrabile un’anticipazione della tutela, con ruolo dominante dell’elemento soggettivo; infatti, nella disposizione non sono indicati parametri oggettivi concreti per apprezzare la valenza criminosa del comportamento.⁶⁷⁰ Sarebbero sufficienti per la configurazione del reato, dunque, atti non necessariamente agevolanti in concreto, purché soggettivamente diretti allo scopo (cd. reati di attentato)⁶⁷¹. Non pare infondato il timore che la combinazione dello schema del reato a consumazione anticipata con quello del reato di favoreggiamento possa dare luogo ad effetti in assoluto contrasto con il principio di sussidiarietà del diritto penale : infatti, numerose sono le sentenze che incriminano il mero accordo volto al favoreggiamento, senza pretendere l’idoneità degli atti.

Tale anticipazione appariva ancor più anomala in passato, allorché l’ingresso e la permanenza illegale non erano di per sé penalmente rilevanti : dunque, si incriminava il favoreggiamento di un fatto penalmente irrilevante e si verificava così un’anticipazione di tutela in relazione ad un bene - l’ordine pubblico - che tuttavia non si riteneva compromesso dall’effettivo ingresso del clandestino⁶⁷².

Da tempo, tuttavia, autorevole dottrina, in una prospettiva costituzionalmente orientata, ha riconosciuto la necessità che gli atti siano idonei e che la direzione degli atti sia interpretata in chiave oggettiva, quale precisa connotazione strutturale e modale della condotta : una tale ricostruzione ne permetterebbe la riconducibilità almeno nell’alveo del tentativo⁶⁷³. Inoltre, secondo la stessa dottrina, la sostituzione - avvenuta nel 2002 - dell’espressione “attività dirette a favorire l’ingresso” con quella “atti diretti a procurare

⁶⁷⁰ V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell’immigrazione*, cit., p.206.

⁶⁷¹ In tal senso, tra i tanti, nel commentare la non dissimile disciplina previgente, B. NASCIMBENE, *La condizione giuridica dello straniero*, cit., p. 237.

⁶⁷² E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 469.

⁶⁷³ In tal senso, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., p. 60 ss. E, tuttavia, come segnalato dall’Autore, non mancano pronunce in senso contrario; cfr. Corte assise Milano, 18 dicembre 2001, in *Giur. it.*, 2003, p. 1012 ss., secondo cui “il delitto consistente nel compimento di attività dirette a favorire l’ingresso abusivo di stranieri nel territorio nazionale è reato a consumazione anticipata, la cui condotta criminosa consiste in un’attività che, oltre ad essere connotata da concreta idoneità rispetto all’agevolazione dell’altrui operato, è soggettivamente diretta al suddetto scopo, sicché sono escluse forme meno gravi del dolo intenzionale”.

l'ingresso" testimonierebbe la natura di pericolo concreto del reato in questione, oltre che la rilevanza anche dei comportamenti omissivi.

Si considerano integranti la fattispecie di cui al co. 1 non solo quelle condotte specificamente mirate a consentire l'arrivo e lo sbarco di stranieri, ma anche quelle immediatamente successive a tale ingresso volte a garantire la buona riuscita dell'operazione, la sottrazione ai controlli di polizia e l'avvio verso località lontane dal luogo di sbarco.⁶⁷⁴ Inoltre, vi rientrano anche le condotte di favoreggiamento dell'uscita dall'Italia, verso altri Paesi⁶⁷⁵, di persone clandestine (favoreggiamento dell'emigrazione illegale): tale previsione, "da un lato, è stata ritenuta funzionale all'adeguamento dell'ordinamento italiano al Protocollo annesso alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale relativo al traffico di migranti, aperto alla firma a Palermo il 12 dicembre 2000 e sottoscritto anche dal nostro Stato, nonché in un'ottica di tutela delle frontiere Schengen⁶⁷⁶; dall'altro ha ampliato la sfera di operatività del delitto di favoreggiamento delle migrazioni illegali, in quanto, prima di tale modifica legislativa, le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso illegale in altro Stato erano prive di rilevanza penale"⁶⁷⁷.

In giurisprudenza, si è profilato un contrasto in merito alla configurabilità delle ipotesi di reato menzionate nel caso in cui l'ingresso in un altro Stato abbia luogo per finalità di mero transito o addirittura per raggiungere il Paese di residenza o di cui si ha la cittadinanza. Sono invece sicuramente da escludersi le condotte agevolatrici di movimenti che non toccano l'Italia⁶⁷⁸. Un primo orientamento⁶⁷⁹ ha escluso la rilevanza penale delle condotte di transito verso il proprio Paese di origine, anche sulla base

⁶⁷⁴G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La disciplina dell'immigrazione*, cit., p. 84.

⁶⁷⁵ Il termine 'Paesi' sembra, sebbene a questo punto non se ne riesca a capire la ratio, includere anche quelli extracomunitari.

⁶⁷⁶ U. TERRACCIANO, *Stranieri. Le nuove disposizioni in materia di immigrazione*, cit., p. 232. Ciò, sebbene lo stesso Autore rilevi che letteralmente la norma non faccia specifico riferimento ai Paesi dell'Unione, e quindi il favoreggiamento potrebbe riguardare anche il raggiungimento di Paesi terzi.

⁶⁷⁷ S. TURCHETTI, *Favoreggiamento del transito verso uno Stato estero: è reato?*, in *Giur. It.*, 2009, 8-9, p. 2016.

⁶⁷⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 81.

⁶⁷⁹ Cass. Pen., Sez. I, 15 giugno 2007, n. 29728, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1117 ss.; Cass. Pen., Sez. I, 20 dicembre 2006, n. 7349, in *Cass. pen.*, 2008, p. 730 ss.; Cass. Pen., Sez. I, 26 ottobre 2006, n. 42117, in *Guida al dir.*, 2007, p. 83 ss.

della motivazione secondo cui la riforma del 2002, sostituendo il “favorire” con il “procurare”, avrebbe spostato il baricentro della fattispecie dal ‘clandestino’ al ‘mercante di clandestini’⁶⁸⁰. La dimostrazione della destinazione, tuttavia, a dire della suprema Corte, non può essere fondata unicamente sulle sole dichiarazioni dei soggetti trasportati, bensì deve essere valutata in relazione ad elementi che dimostrino la finalità e i motivi del viaggio (ad esempio, i titoli di viaggio per il successivo percorso), con conseguente onere di allegazione per l'imputato. La giurisprudenza di legittimità più recente⁶⁸¹, invece, con un orientamento oltremodo repressivo, ha ritenuto che l'art. 12 co. 1 sanzioni le condotte agevolatrici consistenti in atti preparatori univocamente finalizzati all'ingresso illegale dello straniero in altro Stato, per cui risulta irrilevante la finale destinazione del passaggio transfrontaliero, se, cioè, esso sia finalizzato all'immigrazione nello Stato confinante, ovvero al mero transito o ancora al rimpatrio⁶⁸².

Sul punto, è intervenuta di recente la Consulta⁶⁸³, secondo cui la disposizione prevede un reato di pericolo o a consumazione anticipata, che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a favorire l'ingresso illegale in un altro Stato, e non dunque in quello proprio d'origine, senza che possano assumere rilevanza la durata o le finalità dell'entrata o del transito, né tantomeno la direzione o la destinazione finale dello straniero in transito; essa ha aggiunto che l'eventualità che lo Stato di destinazione del migrante clandestino non risulti individuabile con certezza rappresenta una difficoltà di mero fatto nell'applicazione della norma e, ove persistesse un insuperabile dubbio sulla identificazione di detto Stato e, con essa, sul carattere illegale o meno dell'emigrazione favorita, il favoreggiatore dovrebbe essere evidentemente assolto. Ancora, la Corte rileva che del tutto ininfluenza sulla determinatezza del precetto appare il contrasto di giurisprudenza circa la configurabilità o meno del reato nel caso in cui l'ingresso illegale in altro Stato

⁶⁸⁰ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 478 s.; nonché, Cass. Pen., sez. I, 10 ottobre 2003, n. 40307, in *CED Cass. pen.*, 2003.

⁶⁸¹ In termini, Cass. Pen., sez. I, 3 ottobre 2008, n. 38936, in *Cass. pen.*, 2009, 9, p. 3569 ss.

⁶⁸² A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., pp. 21-22.

⁶⁸³ Corte cost., sent. 30 gennaio 2009, n. 21, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, p. 2804.

abbia luogo in vista del ritorno dello straniero nel Paese di origine : le difficoltà di riscontro delle dichiarazioni del migrante, circa il presunto intento di far ritorno in patria, costituiscono, di nuovo, una questione di ordine probatorio e di mero fatto.

Tuttavia, come anticipato, secondo recente giurisprudenza, l'imputato ha l'onere di allegare gli elementi circostanziali a sostegno della finalità di rientro in patria del viaggio, e il giudice ha il dovere di verificare l'effettività della prospettazione⁶⁸⁴. Tale uso scorretto delle regole sull'onere sostanziale della prova, però, eluderebbe del tutto i principi fissati dalla Consulta. Perciò, è preferibile l'opzione dottrinale secondo cui l'onere probatorio ricade sul pubblico ministero : è dunque quest'ultimo a dover provare sia il Paese di destinazione del soggetto favorito, sia che lo Stato verso cui è diretto il migrante non è quello in cui egli è cittadino o residente in forma stabile⁶⁸⁵.

Secondo una parte della dottrina, la partita relativa alla rilevanza penale o meno del mero transito si giocherebbe sul terreno del bene giuridico tutelato, la cui individuazione però a sua volta è altamente controversa : “Parte della dottrina afferma la natura plurioffensiva dei delitti di favoreggiamento dell'ingresso e dell'emigrazione illegale. In particolare, alcuni autori hanno ravvisato i beni giuridici tutelati dall'art. 12, comma 1, del decreto in esame da un lato [nel]l'integrità dei confini e [nel]l'effettività dei controlli sugli ingressi, dall'altro [nel]la sicurezza e [nel]la dignità delle persone il cui ingresso irregolare è favorito o procurato; altri autori, accanto a questi beni, hanno ravvisato un interesse degli Stati ad un controllo dei flussi migratori e delle persone che di quei flussi rappresentano la realtà umana; altri ancora hanno individuato nella norma un fine di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica sia interni allo Stato, sia in ambito internazionale, al fine di garantire il rispetto degli impegni assunti con gli altri Stati. In particolare, la tutela dell'ordine pubblico sarebbe connessa al controllo dei flussi migratori

⁶⁸⁴ Cass. Pen., sez. I, 21 febbraio 2008, n. 9520, in *CED Cass. pen.*, 2008.

⁶⁸⁵ M. GAMBARDELLA, *Il favoreggiamento dell'emigrazione clandestina e la Corte Costituzionale*, cit., p. 201.

incontrollati, traducendosi, in buona sostanza, nell'interesse alla legalità dell'ingresso dello straniero”⁶⁸⁶.

A parere di chi scrive - premesso che non sempre nel favoreggiamento è insito uno sfruttamento - la non punibilità delle condotte di transito è l'opzione da preferire; essa va fondata principalmente su argomenti semantici e sistematici. In primo luogo, è pacifico che al concetto di immigrazione sia associata un'idea di stabilità; inoltre, all'art. 12 co. 6 è prevista per il vettore una mera responsabilità amministrativa; ancora, l'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e lo stesso accordo di Schengen di certo mostrano un *favor* per lo spontaneo rientro verso il proprio Paese d'origine⁶⁸⁷.

Ci si è altresì chiesti se la fattispecie fosse applicabile anche all'agevolazione all'espatrio di cittadini comunitari, conclusione che si è trovata non coerente rispetto alla *ratio* del t.u.⁶⁸⁸.

Ad ogni modo, solo l'illegalità dell'ingresso e del soggiorno fa sì che rilevi penalmente una condotta che, altrimenti, si risolverebbe nella mera agevolazione dell'esercizio di un diritto della persona, e cioè quello di emigrare dal territorio italiano verso altri Stati. Pertanto, per ritenere una condotta migratoria verso l'estero penalmente rilevante, diventa necessario far riferimento alla normativa del Paese di destinazione del migrante clandestino, e non a quella italiana⁶⁸⁹: questo dato determina gravi problemi in virtù del *deficit* di determinatezza dovuto alla difficoltà di individuazione della normativa stessa, del recepimento in funzione incriminatrice di norme straniere e dell'impossibile assoggettabilità di esse al controllo di costituzionalità⁶⁹⁰. A ciò, va aggiunto che - come anticipato - la fattispecie in esame concerne, secondo il paradigma del delitto di attentato, i semplici “atti diretti” a procurare l'ingresso in uno Stato estero, indipendentemente dal conseguimento di un qualsiasi risultato; insomma, una vera e propria norma penale in bianco

⁶⁸⁶ S. TURCHETTI, *Favoreggiamento del transito verso uno Stato estero: è reato?*, in *Giur. It.*, 2009, 8-9, p. 2017 ss.

⁶⁸⁷ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 89 s.

⁶⁸⁸ Sulla questione, vedi A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 82.

⁶⁸⁹ M. GAMBARDELLA, *Il favoreggiamento dell'emigrazione clandestina e la Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2009, 3, p. 196.

⁶⁹⁰ M. GAMBARDELLA, *Il favoreggiamento dell'emigrazione clandestina e la Corte Costituzionale*, cit., p. 195.

“il cui precetto verrebbe descritto attraverso il rinvio ad una legge straniera, con conseguente violazione sia della riserva di legge che del principio di determinatezza e tassatività delle norme incriminatrici, di cui all'art. 25, comma 2, Cost.”⁶⁹¹.

La Corte Costituzionale peraltro ha più volte salvato questa fattispecie. Di recente ⁶⁹², essa ha affermato che «non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, come sostituito dall'art. 11, comma 1, l. 30 luglio 2002 n. 189, censurato, in riferimento agli art. 25 e 35, comma 4, Cost., nella parte in cui punisce chi compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. Non sussiste infatti la denunciata violazione del principio di riserva di legge, in quanto, posto che esso non esclude che il legislatore possa introdurre nella descrizione del fatto incriminato il riferimento, con funzione integratrice del precetto, ad elementi “esterni” allo stesso - elementi che possono consistere anche in un richiamo a norme di ordinamenti stranieri -, nella specie, esiste una normativa extranazionale che concorre all'identificazione della condotta criminosa, sicché sono rispettate tanto la condizione che sia il legislatore nazionale a individuare il nucleo di disvalore della condotta (favoreggiamento dell'ingresso “*contra ius*” di un soggetto in un altro Stato), quanto la condizione che risultino adeguatamente identificate le norme straniere chiamate ad integrare il precetto; né la disposizione censurata viola il principio di determinatezza, poiché è immediatamente percepibile quale sia la condotta repressa, intendendosi colpire chi agevoli in qualunque modo un'altra persona a varcare i confini di altro Stato in violazione delle norme che in esso regolano l'ingresso degli stranieri; e neanche l'art. 35, comma 4, Cost., posto che la libertà di emigrazione è riconosciuta dal precetto costituzionale con salvezza degli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e fra essi rientrano quelli di rispetto della legislazione del Paese di accoglienza, nel quadro di accordi di cooperazione internazionale».

⁶⁹¹ S. SARTARELLI, *La sentenza n. 21 del 2009 ovvero la “tendenza salvifica” della Corte costituzionale rispetto alle disposizioni del t.u. sull'immigrazione*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2, p. 1215 ss.

⁶⁹² Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 21, cit.

Come anticipato, in seguito alla riforma del 2009, il terzo comma dell'art. 12 t.u. riproduce le stesse condotte previste dal primo, richiedendo in aggiunta, in via alternativa, uno degli elementi specializzanti elencati in un apposito elenco; è infatti richiesto alternativamente a) che il fatto riguardi l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone, con conseguente inapplicabilità dell'art. 112 n. 1 c.p.; b) che la persona trasportata sia stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale, con grave indeterminatezza del riferimento ad un pericolo non circostanziato quanto a grado, intensità e soglia di rilevanza; c) che la persona trasportata sia stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale, anche qui con lo stesso *deficit* di determinatezza; d) che il fatto sia commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto - ossia un vettore, dotato della relativa veste giuridica, con modalità tali da occultare l'illecito determinando un falso affidamento⁶⁹³-, ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti, ma che creano un'apparenza di regolarità; e) che gli autori del fatto abbiano la disponibilità di armi o materie esplosive. A ben vedere, alcune di tali condizioni, come quella che si verifica se "il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone" o se "la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale", risulteranno quasi sempre integrate.

Come già anticipato, secondo taluni, nonostante le modifiche, l'ipotesi avrebbe ancora natura di reato autonomo.

Dunque, mentre molte delle circostanze aggravanti prima indicate nell'art. 12 co. 3 *bis* sono diventate elementi costitutivi del reato cui al comma 3, ora il fine di lucro costituisce circostanza aggravante ai sensi del nuovo co. 3 *ter* lett. b) e il nuovo co. 3 *bis* prevede l'aggravamento dovuto alla contestuale ricorrenza di più ipotesi di cui al co. 3⁶⁹⁴.

⁶⁹³ Così, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 109.

⁶⁹⁴ Va segnalato incidentalmente che l'ultimo comma dell'art. 416 c.p. attualmente prevede che "se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3 *bis*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina

L'aggravante di cui al co. 3 *ter* è applicabile anche alla ipotesi di cui al terzo comma. Essa prevede che la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3 sono commessi *a*) al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale⁶⁹⁵ o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; oppure *b*) al fine di trarne profitto, anche indiretto. Va rilevato che per la prima volta nel Testo unico in materia di immigrazione, viene dato riconoscimento espresso all'ingresso finalizzato allo sfruttamento non solo sessuale, ma anche lavorativo⁶⁹⁶.

Ebbene, l'unica condotta caratterizzata strutturalmente dal requisito dello 'sfruttamento' - tra tutte quelle esaminate finora - sembra quella prevista al co. 3-*ter* lett. a).

A quanto pare, l'intervento novellistico, che si sostanzia in una mera trasposizione di disposizioni senza che ne sia modificato il contenuto, sembra avere lo scopo di inasprire il trattamento sanzionatorio e non di rendere l'intervento più efficace⁶⁹⁷.

Il comma 3 *quater* dell'art. 12 t.u. disciplina il concorso tra le circostanze e prevede che le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena

dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma”.

⁶⁹⁵ In maniera assolutamente non condivisibile, in passato, è stato affermato che “in tema di favoreggiamento dell'irregolare ingresso di cittadini stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato (art. 12 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286), perché sussista l'aggravante prevista dal comma 3 dell'art. 12 con riferimento alla finalità di sfruttamento della prostituzione di uomini o donne, non occorre che si sia in presenza di condotte violente o di un rigoroso vincolo di subordinazione - requisito non necessario perché si configuri il reato di sfruttamento previsto dall'art. 3 l. 20 febbraio 1958 n. 75 - essendo sufficiente che un singolo o una organizzazione agevolino l'ingresso di persone extracomunitarie al fine di sfruttarne, eventualmente anche col loro consenso, la prostituzione” (Cass. Pen., sez. III, 04 maggio, 2001, n. 27748, in *Cass. pen.*, 2002, 1803).

⁶⁹⁶ Cfr. A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 23.

⁶⁹⁷ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 465 s.

risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti : con la riforma del 2009 il legislatore - oltre a trasformare in reati autonomi delle previgenti circostanze aggravanti - ha escluso l'applicabilità del giudizio di bilanciamento.

Taluni problemi interpretativi si sono posti in merito all'interpretazione dell'inciso finale del co. 3 *quater*, relativo al possibile riconoscimento delle diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti : «Come suggerito dalla Corte costituzionale l'utilizzo della congiunzione “e” consente di affermare che le due locuzioni (da un lato “le circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti” e dall'altro “le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante”) individuano in combinato disposto il meccanismo di operatività del privilegio accordato alle circostanze aggravanti: il giudice nel caso di concorso tra una circostanza attenuante e la circostanza blindata dovrà, *in primis*, applicare l'aumento della pena e sulla quantità di pena risultante potrà operare le diminuzioni di pena previste per le attenuanti ritenute sussistenti. Con la garanzia della operatività della circostanza aggravante il legislatore ha, quindi, precluso la possibilità per il giudice di procedere al giudizio di bilanciamento da condurre attraverso una valutazione comparativa del peso qualitativo delle circostanze di segno diverso e finalizzato ad una valutazione globale del fatto e della personalità del reo»⁶⁹⁸.

Per quanto riguarda le attenuanti, all'art. 12 co. comma 3 *quinquies* t.u. - che espressamente non si applica all'art. 12 co. 5 - è previsto che le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti. Si tratta di un'attenuante di tipo premiale tipica della legislazione emergenziale, introdotta inizialmente in relazione al terrorismo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 23.

⁶⁹⁹ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 59.

Il comma 4 *ter*, ancora, prevede che nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti⁷⁰⁰.

Il co. 5 dell'art. 12 t.u. prevede il favoreggiamento della permanenza illecita, da intendersi in senso ampio ed onnicomprensivo, come qualsiasi situazione di irregolarità anche posteriore all'ingresso. Tale incriminazione si ricollega alle spinte politico-criminali provenienti dall'accordo di Schengen e dalla scelta del nostro ordinamento di non prevedere forme stabili di regolarizzazione di chi sia entrato irregolarmente⁷⁰¹.

La condotta punibile è autonoma e successiva rispetto a quelle disciplinate dai co. 1 e 3. Essa prevede che fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma dello stesso art. 12 t.u., favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

⁷⁰⁰ In proposito, v. Corte Cost., 23 marzo 2001, n. 78, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2 ss., secondo cui «è manifestamente infondata, con riferimento all'art. 27 comma 1 cost., la q.l.c. dell'art. 12 comma 4 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dall'art. 2 d. lgs. 13 aprile 1999 n. 113, nella parte in cui non esclude la confisca nel caso in cui il mezzo di trasporto, utilizzato per la commissione del reato di agevolazione dell'ingresso di clandestini nel territorio dello Stato, appartenga a persona estranea al reato, che possa provare di non aver potuto prevedere l'illecito impiego del mezzo e di non essere incorsa in difetto di vigilanza, in quanto la soppressione dell'inciso "salvo che si tratti di mezzi appartenenti a persona estranea al reato", che figurava nella originaria formulazione della norma incriminatrice, non è di per sé idonea ad escludere anche in tale ipotesi, in assenza di prescrizioni di segno diverso, l'applicabilità dell'art. 240 c.p., il quale prescrive che non può essere disposta la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, quando queste appartengano a persona estranea al reato, sempre che delle stesse non sia vietata la detenzione; sicché non sussiste alcun ostacolo letterale né sistematico a che la disposizione censurata possa essere interpretata nel senso che la confisca dei mezzi di trasporto può essere disposta solo nei confronti dei soggetti che abbiano concorso alla commissione dei reati di cui ai commi 1 e 3 d. lgs. n. 286 del 1998 o ne abbiano comunque tratto profitto».

⁷⁰¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 91.

La fattispecie è a forma libera⁷⁰² ed è caratterizzata dal dolo specifico di profitto; quest'ultimo deve essere ingiusto e derivare dalla condizione di illegalità dello straniero, oppure alternativamente dalla sua realizzazione nell'ambito delle attività punite a norma dell'art. 12 t.u. Lo sfruttamento dell'immigrato irregolare dunque è preso in considerazione non come elemento oggettivo del fatto tipico, ma come fine della condotta. Sono, ad ogni modo, escluse le condotte legate all'assistenza o al mero aiuto disinteressato a stranieri irregolari già presenti sul territorio : il soggetto attivo, infatti, deve mirare a conservare la condizione di illegalità dello straniero per sfruttarla⁷⁰³.

Assai ambiguo - e causa di problemi di tipicità - appare il riferimento alle "attività punite a norma del presente articolo", ossia quelle di favoreggiamento dell'ingresso *contra ius*. Secondo parte della dottrina, tale inciso comprenderebbe le condotte favoreggiatrici della permanenza nell'ambito delle attività di sfruttamento del migrante, il cui ingresso sia stato illecitamente favorito proprio allo scopo di porre in essere tali attività⁷⁰⁴.

Particolari problemi ricostruttivi potrebbero essere determinati dall'introduzione dell'art. 10 *bis* t.u. : tutte le condotte di mera agevolazione *post factum* non caratterizzate da dolo specifico, infatti, potrebbero rientrare nell'ipotesi generica di favoreggiamento *ex art.* 378 c.p. rispetto alla contravvenzione prevista dall'art. 10 *bis*⁷⁰⁵, o meglio - in virtù della clausola di riserva di cui all'art. 378 c.p. - di concorso di persone nel reato di illecita permanenza di cui all'art. 10 *bis* t.u.; in effetti, l'introduzione dell'art. 10 *bis* t.u. contraddice l'originaria volontà del legislatore di criminalizzare le sole

⁷⁰²Cass. Pen., sez. I, 11 maggio 2005, n. 21049, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3337 ss., secondo cui "il reato di favoreggiamento della permanenza di uno straniero nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni concernenti l'immigrazione e la permanenza degli stranieri, previsto dal comma 5 dell'art. 12 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, è fattispecie a forma libera, la cui condotta tipica, che determina il protrarsi della presenza illegale dell'interessato entro i confini nazionali, può assumere carattere tanto omissivo che commissivo".

⁷⁰³ In proposito, v. A. STOMEIO, *Favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolare*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 213 s.

⁷⁰⁴ Sull'argomento, ampiamente, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 98 s.

⁷⁰⁵ In questi termini, A. STOMEIO, *Favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolare*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 221.

condotte di favoreggiamento della permanenza caratterizzate dallo sfruttamento della condizione di irregolarità.

Esistono altre due condotte che taluni includono nel favoreggiamento (*sub specie* art. 12 co. 5 t.u.), giudicandole una superfetazione, altri reputano che rappresentino fattispecie del tutto autonome⁷⁰⁶; queste riguardano la locazione o cessione di immobile⁷⁰⁷, art. 12 co. 5 *bis* t.u., e la responsabilità del datore di lavoro, art. 22 co. 12 t.u.⁷⁰⁸ Quest'ultima sarà analizzata separatamente nel prossimo paragrafo.

La “locazione o cessione del proprio immobile a persone sprovviste di regolari titoli di soggiorno, a scopo di ingiusto profitto”, prevista dall'art. 12 co. 5 *bis* t.u., punibile con la reclusione da sei mesi a tre anni, è stata introdotta dal Pacchetto sicurezza 2008 (d.l. 92/2008 convertito con modifiche in l. n. 125 / 2008)⁷⁰⁹. Il d. l. n. 92/ 2008 ha corredato il delitto in esame di una nuova ipotesi di confisca obbligatoria dell'immobile, da applicare a seguito di condanna mediante provvedimento irrevocabile, con il solo limite della

⁷⁰⁶ Per maggiori indicazioni su tale dibattito, S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, cit., p. 3.

⁷⁰⁷ Assolutamente incline a ravvisare un rapporto di specialità tra la fattispecie *ex* art.12 co. 5 e quella di cui all'art. 12 co. 5 *bis* t.u., L. MASERA, *Immigrazione*, in AAVV, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANO', Torino, 2008, p. 26.

⁷⁰⁸ Sulla previgente fattispecie di cui all'art. 22 co. 12 t.u., OLIVERI DEL CASTILLO, *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002 n. 189 : la costruzione della muraglia*, cit., p. 88 : “Anche in tali casi, si potranno verificare casi punibili *ex* art. 12 co. 5, magari trattati in modo più favorevole solo per una forma di *favor* aziendale, o addirittura, al contrario, ipotesi scriminate dall'art. 12 co. 2, ovvero comportamenti di natura umanitaria tesi a dare sostegno ad indigenti e bisognosi. La linea di discriminazione tra le diverse opzioni andrà sempre individuata nella presenza o meno del fine di profitto che eventualmente tragga il datore di lavoro dall'impiegare immigrati irregolari e quindi dall'attenta analisi del caso concreto”.

⁷⁰⁹ Tale disposizione va coordinata con quella di cui all'art. 7 t.u., secondo cui “chiunque, a qualsiasi titolo, dà alloggio ovvero ospita uno straniero o apolide, anche se parente o affine, ovvero cede allo stesso la proprietà o il godimento di beni immobili, rustici o urbani, posti nel territorio dello Stato, è tenuto a darne comunicazione scritta, entro quarantotto ore, all'autorità locale di pubblica sicurezza. La comunicazione comprende, oltre alle generalità del denunciante, quelle dello straniero o apolide, gli estremi del passaporto o del documento di identificazione che lo riguardano, l'esatta ubicazione dell'immobile ceduto o in cui la persona è alloggiata, ospita o presta servizio ed il titolo per il quale la comunicazione è dovuta.. Le violazioni delle disposizioni di cui al presente articolo sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 160 a 1.100 euro”.

estraneità al reato del proprietario dell'alloggio⁷¹⁰ : “Viene così creato uno strumento che pare assumere sempre più la fisionomia di una pena accessoria, o comunque di una sanzione ulteriore, posto che la pericolosità della *res* è sfuggente, mentre i connotati afflittivi della misura, volta a perseguire peraltro finalità di deterrenza e prevenzione, spiccano nitidamente”⁷¹¹; tale *actio in rem* - obbligatoria e scissa da profili di pericolosità soggettiva od oggettiva - sembra peraltro assolutamente sproporzionata nell'ipotesi dell'art. 12 co. 5 *bis* t.u., non paragonabile, ad esempio, ad ipotesi di reati di criminalità organizzata, e comunque appare lesiva degli artt. 41 e 42 Cost.⁷¹².

Solo in sede di conversione è stato previsto in relazione a questa fattispecie, il dolo specifico del fine di ingiusto profitto⁷¹³. Tale modifica

⁷¹⁰ In proposito, sono stati subito avanzati dubbi sulla possibilità di interposizione fittizia di prestanome per eludere il 'rischio confisca'; perplessità fugate dalla possibile applicabilità in tal caso dell'istituto del concorso di persone.

⁷¹¹ Così, F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 31.

⁷¹² Diffusamente sulla natura di quest'ipotesi di confisca, R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D.l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, in *Giust. pen.*, 2010, 6, p. 224.

⁷¹³ Posto che attualmente non sussistono criteri omogenei per l'individuazione del dolo specifico, esemplificativamente, v. Trib. Milano, sez. pen. IV, 28 aprile 2011, secondo cui è da escludere il dolo specifico, nel caso in cui dei soggetti subaffittino posti letto a due loro connazionali 'irregolari', a condizioni “assolutamente non onerose” e quindi, secondo il giudice, non indicative del fine del conseguimento di un ingiusto profitto; nonché, Cass. Pen., sez. I, 16 ottobre 2003, n. 46066, in *CED Cass. pen.*, 2003, secondo cui va accertato in concreto se dalla stipula del contratto si sia inteso trarre indebito vantaggio dalla condizione di illegalità dello straniero che si trova nella posizione di contraente debole imponendogli condizioni onerose ed esorbitanti dall'equilibrio del rapporto sinallagmatico (conforme, Cass. Pen., sez. I, 23 ottobre 2003, n. 46070, in *CED Cass. pen.*, 2003); v., altresì, Cass. Pen., sez. I, 13 maggio 2010, n. 20286, in *CED Cass. pen.*, 2010, secondo cui la finalità di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di irregolare permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato si ricava anche dall'aver indotto questi ultimi a stipulare un tipo di contratto che consente al proprietario una sicura elusione fiscale, la quale si realizza mediante la locazione a soggetti che, per la loro condizione di illegalità nel territorio dello Stato, non potranno mai chiedere la registrazione o la regolarizzazione del rapporto contrattuale. Ancora, secondo Cass. Pen., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 5887, in *Arch. Locazioni*, 2006, 4, 403 “correttamente deve ritenersi configurato il reato di cui all'art. 12, comma 5, t.u. sull'immigrazione emanato con d. lgs. n. 286 del 1998 e successive modificazioni (favoreggiamento, a fine di ingiusto profitto, della illegale permanenza dello straniero nel territorio dello Stato) nel caso di concessione di locali per uso abitativo a stranieri extracomunitari privi di permesso di soggiorno mediante la stipulazione non di normali contratti di locazione, ma di contratti di comodato a titolo oneroso risolvibili *ad nutum*, costituendo proprio tale ultima possibilità, pur in presenza di un corrispettivo asseritamente allineato ai livelli di mercato, l'ingiusto profitto tratto dalla condizione di illegalità in cui gli stranieri si trovano”.

permetterebbe di escludere dall'ambito della fattispecie le organizzazioni socio-assistenziali senza fini di lucro e le famiglie che ospitano badanti, ma potrebbe rivelarsi insufficiente nei casi in cui la gratuità dell'alloggio è reputata una componente della retribuzione.⁷¹⁴

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

Il riferimento a “chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile” comporta che il reato possa essere commesso non solo dal proprietario, ma anche da un mediatore, o da chi si trovi in possesso dell'immobile o lo detenga anche temporaneamente, altresì allorquando tra la persona e l'immobile intercorra un rapporto di mero fatto (non essendovi alcun riferimento alla legittimità della disponibilità)⁷¹⁵.

L'art. 12 co. 5 *bis* t.u. deve essere interpretato nella sua unitarietà, che conduce inevitabilmente ad assumere il fine di ingiusto profitto come necessario anche alla forma di condotta consistente nel cedere in locazione⁷¹⁶,

⁷¹⁴ Così A. MEREU - R. ZANNOTTI, *Il cd. “decreto sicurezza”: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 27.

⁷¹⁵ R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D.l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, cit., p. 217.

⁷¹⁶ Cass. Pen., sez. I, 7 aprile 2009, n. 19171, in *Riv. pen.*, 2009, 9, p. 958 ss., secondo cui “non può essere disposto il sequestro dell'immobile se il canone richiesto dal proprietario risulta essere equo, perché non potrà essergli contestato l'ingiusto profitto previsto dalla norma incriminatrice”.

nonostante lo sciatto inserimento della previsione all'inizio della disposizione. In tale senso depongono la clausola di riserva iniziale, l'unicità del soggetto agente e del beneficiario della condotta, il ruolo non disgiuntivo dell' "ovvero", l'unicità della sanzione prevista, la genesi della norma: infatti, il d. l. n. 92/2008 è stato convertito in legge con modificazioni che, da un lato, hanno ampliato le possibili forme di condotta commissiva e, dall'altro - per bilanciare l'ampliamento - hanno introdotto il dolo specifico. D'altronde, a voler diversamente opinare, vi sarebbe un'altra ragione di incostituzionalità della norma : infatti, si negherebbe allo straniero irregolare il diritto all'abitazione, che la giurisprudenza in materia di stato di necessità riconduce al diritto alla salute, riconosciuto come diritto inviolabile dell'uomo, di portata universale⁷¹⁷. Non sembra peraltro cogliersi - ove di disvalore possa parlarsi - una differenza di disvalore tra la cessione dell'immobile e la dazione dell'alloggio⁷¹⁸.

Sempre in sede di conversione, si è provveduto a incriminare il fatto di dare alloggio o cedere a titolo oneroso, ove l'onerosità può consistere in un corrispettivo o in altro tipo di rapporto sinallagmatico (ad es., alloggio come parte della remunerazione)⁷¹⁹ : è stato dunque allargato il raggio della punibilità alle ipotesi in cui l'autore del fatto ospiti il clandestino continuando ad abitare l'immobile, magari assegnandogli una stanza della propria dimora. Inoltre, si è precisato come la cessione dell'alloggio possa avvenire "anche tramite una locazione", con il presumibile intento di estendere la fattispecie a tutti i diritti personali di godimento, oltre che a quelli reali, già contemplati attraverso la nozione di cessione⁷²⁰. In relazione a tale modalità di realizzazione, è sorto il dubbio se in essa possano essere compresi anche negozi a titolo gratuito quali la donazione e il comodato, attraverso il ricorso ad una particolare interpretazione della disposizione che limita l'inciso "a titolo oneroso" (e al

⁷¹⁷ Così, R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D. l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, cit., pp. 212 – 214.

⁷¹⁸ Sulle diverse posizioni, diffusamente, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 505 ss.

⁷¹⁹ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 504 s.

⁷²⁰ In senso contrario a tale interpretazione e favorevole alla riconducibilità di queste ipotesi al comma 5, R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D.l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, cit., p. 222.

pari il dolo specifico di ingiusto profitto) alla prima parte della disposizione, ovvero quella che sanziona la condotta di dare alloggio⁷²¹ : come anticipato, la risposta sembra essere negativa.

Peraltro, con la riforma di cui alla l. n. 94/2009, si è espressamente precisato che lo straniero deve essere privo del permesso di soggiorno “al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione”. Si è così voluto evitare il pericolo di una responsabilità oggettiva determinata dall’eventuale illegittimità sopravvenuta del soggiorno nello Stato da parte dello straniero⁷²²; problema secondo taluni in realtà mai esistito, in quanto, trattandosi di un delitto doloso, per escludere la responsabilità del locatore sarebbe stato sufficiente dimostrare che questi ignorava la perdita del permesso di soggiorno da parte del locatario. Invece, il problema era reale, atteso che la durata del permesso di soggiorno - con possibilità, peraltro, di scadenza, revoca o annullamento del permesso *in itinere* - è inferiore alla durata minima dei contratti di locazione prevista dalla legge. Il legislatore, dunque, con la modifica del 2009 ha inteso sgravare il locatore dall'onere di verificare, durante l'esecuzione del contratto di locazione, il possesso di un regolare permesso di soggiorno da parte dello straniero locatario. Secondo taluni Autori, tuttavia, «la riforma in esame desta perplessità per almeno due ragioni: a) perché la lettera della legge consente ora di mandare esente da pena chi, al fine di trarre un ingiusto profitto, cede in locazione un immobile a uno straniero sfruttando la circostanza che il suo permesso di soggiorno non è ancora scaduto al momento della stipula o del rinnovo del contratto, ma scadrà a breve; b) perché la precisazione legislativa del momento in cui rileva il difetto del titolo di soggiorno - comunque la si valuti - si riferisce alla sola ipotesi della cessione in

⁷²¹ Così, F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 26.

⁷²² Per quanto riguarda la conoscenza originaria della condizione di clandestinità, v. F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 27 : “La condizione di clandestino, in quanto elemento normativo di fattispecie contenuto nella condotta del delitto, dovrà essere ben presente al soggetto attivo del fatto, andando a confluire nell'oggetto del dolo generico: potrà dunque ipotizzarsi l'errore su norma extrapenale *ex art. 47*, comma 3, c.p. ogni volta in cui l'autore dell'illecito erri sull'interpretazione delle norme che regolano la permanenza dello straniero nello Stato. Occorrerà peraltro vedere in tali ipotesi se la giurisprudenza riterrà di configurare un errore sul fatto, idoneo ad eliminare il dolo, con esclusione della punibilità di una fattispecie prevista solo nella forma dolosa, piuttosto che, come è solita fare, far confluire i casi nella disciplina dell'articolo 5 c.p. ”

“locazione” e non anche alle altre condotte contemplate dal delitto in esame (fornitura di alloggio e cessione dell'immobile, a titolo oneroso, realizzata attraverso contratti diversi da quello di locazione)»⁷²³.

Problemi interpretativi sono altresì determinati dalla differente ipotesi di rinnovazione del contratto di locazione e dal suo rapporto con l'accordo originario; secondo una certa opinione, “si potrebbe distinguere il caso in cui essa non modifichi alcun aspetto del *pactum*, concretandosi in una mera prosecuzione del precedente accordo, da quello in cui si sostanzia in una rinegoziazione delle condizioni della permanenza, con un nuovo controllo circa la validità del titolo di soggiorno. Nel primo caso il reato sarebbe unico, nel secondo invece si verificherebbe un concorso di reati; va peraltro evidenziato che la nuova formulazione della disposizione, che fa riferimento anche al momento della rinnovazione, sembra far propendere sempre per la seconda ipotesi, sussistendo in ogni caso la necessità che il locatore accerti la permanenza di un valido titolo abilitativo in capo allo straniero”⁷²⁴.

Ci si chiede altresì se soggetto passivo necessario del reato - sempre che, come anticipato e come più approfonditamente si vedrà nel quarto capitolo, lo straniero sia effettivamente soggetto passivo del reato⁷²⁵ - possa essere anche il cittadino comunitario allontanato o che abbia superato il termine di durata del soggiorno, oltre che lo straniero extracomunitario clandestinamente entrato o espulso. Tale estensione - in ragione dell'ambito applicativo del t.u., espressamente delimitato dall'art. 1 co. 1 dello stesso - non sembra accoglibile. Tanto premesso, sorge anche il problema di capire quando si possa ritenere che lo straniero sia privo del permesso di soggiorno: in

⁷²³ G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1337-1338.

⁷²⁴ Così, F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 27.

⁷²⁵ Sull'argomento, v. DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 111 ss., secondo cui ogni diversa lettura che voglia fare dell'extracomunitario una vittima necessaria delle condotte riguardanti l'alloggio concesso a titolo oneroso implica una interpretazione riduttiva, piuttosto che restrittiva, della fattispecie, in contrasto con la *ratio* spersonalizzante dell'art.12, che non è orientato alla “persona”, e continua a riguardare una politica generale di organizzazione dei flussi e dei controlli sugli stranieri irregolari, mediante una criminalizzazione del “mercato illegale” che li circonda; v. *infra*, cap. IV, par. 1.

particolare, posto che l'art. 5 co. 2 t.u. prevede per ogni straniero che entri legalmente in Italia l'obbligo di richiesta entro otto giorni lavorativi dalla data dell'ingresso, è dubbia la posizione giuridica di colui che abbia varcato la frontiera da meno di otto giorni. Sul punto, non si condivide la posizione di chi propende per l'illiceità di tale condizione, sanabile solo con il conseguimento del permesso⁷²⁶.

Per quanto riguarda la natura permanente o istantanea del reato, è stato rilevato che la fattispecie “sicuramente di natura istantanea nel caso di compravendita dell'immobile, risulta di qualificazione più incerta nelle ipotesi di coabitazione e di locazione. Il *genus* del reato permanente non sembra attagliarsi perfettamente sotto il profilo che per la perfezione del fatto non è necessario che la condotta si protragga per un *minimum* di tempo : basta infatti ipotizzare concluso l'accordo negoziale per l'affitto della casa per ritenere integrato il delitto *de quo*.”⁷²⁷ Si dibatte, altresì, relativamente al se, ai fini della consumazione del reato, sia necessaria la concreta messa a disposizione dell'immobile o sia sufficiente già la formazione del consenso tra le parti.

La previsione di cui si discute - a meno che non la si voglia estendere alle ipotesi in cui il cessionario o l'avente causa sia un comunitario irregolare, ipotesi, come si è detto, davvero difficile da prospettare - è stata giudicata del tutto superflua in relazione al già previgente art. 12 co. 5 t.u., rispetto al quale introduce in più solo la misura della confisca obbligatoria dell'immobile⁷²⁸. Peraltro, poco qualificante, per quanto plausibile, sembra la differenza fondata sulla locuzione “privi di titolo di soggiorno” contenuta nel comma 5 *bis* - che quindi comprenderebbe tutti coloro che, pur non avendo un titolo ordinario, sono regolarmente soggiornanti (chi ha fatto regolarmente ingresso da meno di 8 giorni ma non ha ancora presentato la domanda di permesso; coloro ai quali il permesso è scaduto da meno di 60 giorni, ma non hanno ancora fatto domanda di rinnovo; i possessori del cd. cedolino che attesta l'avvenuta richiesta; i soggetti cui è stato intimato di lasciare il territorio dello Stato prima della

⁷²⁶ F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 27.

⁷²⁷ F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 27.

⁷²⁸ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 508.

decorrenza dei termini ecc.) - rispetto al riferimento alla “ permanenza (...) nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico” di cui al comma 5, che si riferirebbe a chi permane illegalmente sul territorio dello Stato⁷²⁹.

Tale superfluità si è manifestata con l'introduzione del dolo di ingiusto profitto e quindi, in realtà, sembra mera manifestazione di sciatteria legislativa.

La disposizione, dalle finalità marcatamente deterrenti, nasce con lo scopo dichiarato di contrastare il fenomeno degli affitti in nero e di impedire agli stranieri irregolari di trovare un alloggio, per la lesione all'ordine ed alla sicurezza pubblica che la loro presenza potrebbe creare. Ma il rischio, da più parti ravvisato⁷³⁰, e neanche tanto remoto, è che il diffuso clima di insicurezza e smarrimento, unito alla discrezionalità “dell'ingiustizia del profitto”⁷³¹, possa spingere i proprietari degli immobili a non contrattare financo con gli stranieri regolarmente presenti nel nostro Stato, almeno in casi dubbi. Se si coordina l'art. 12 co. 5 *bis* t.u. con l'art 1 co. 18 del Pacchetto sicurezza 2009 (l. n. 94 / 2009), secondo cui “l'iscrizione e la richiesta di variazione anagrafica possono dar luogo alla verifica, da parte dei competenti uffici comunali, delle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile in cui il richiedente intende fissare la propria residenza, ai sensi delle vigenti norme sanitarie”, la *ratio* degli interventi legislativi è palese : costringere gli stranieri a cercare alloggi che versano in condizioni ostative all'iscrizione anagrafica, così da impedire il

⁷²⁹ Così, R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D. l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, cit., p. 218 ss.

⁷³⁰ S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, cit., p. 11.

⁷³¹ La Cassazione ha chiarito che “l'ingiustizia del profitto” è riscontrabile sia quando i canoni di locazione siano “gravosi o vessatori”, in quanto frutto di speculazione sulla condizione di illegalità dello straniero, sia quando l'iniquità del rapporto sinallagmatico dipenda dalla svantaggiosità per lo straniero della forma contrattuale prescelta. In tal senso, Cass., sez. I, 23 ottobre 2003, n. 46070, in *Riv. pen.*, 2004, p. 325 ss. Secondo un orientamento minoritario, tuttavia, la norma in esame non richiederebbe che il lucro *contra jus* sia tratto dallo sfruttamento della condizione di clandestinità dello straniero e, dunque, si presterebbe ad abbracciare tutti i frequenti casi di affitto a un prezzo equo ma in nero, ovvero in frode all'erario. In tal modo, nelle ipotesi più gravi di approfittamento della condizione di illegalità (si pensi ai casi in cui il canone sia esorbitante, il tipo di contratto sia del tutto svantaggioso per il conduttore o, ancora, la permanenza nell'alloggio rasenti condizioni “disumane” per il numero di soggetti ospitati o per le condizioni dell'immobile) ricorrerà il favoreggiamento della permanenza (sulla questione, v. F. ARRIGONI - P. PISA, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 28 ss.).

rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno. Lo scopo è, dunque, quello di creare nuova clandestinità.

Al termine della disamina delle ipotesi di favoreggiamento di cui all'art. 12 t.u., bisogna fare cenno alla cd. scriminante umanitaria. Il comma 2 dell'art. 12 t.u. prevede che "fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato". L'applicazione della cd. scriminante umanitaria - una causa di giustificazione speciale, il cui fondamento può rintracciarsi nel giudizio di prevalenza delle istanze solidaristiche rispetto alle esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico⁷³² - richiede la sola sussistenza di una situazione di bisogno e dunque opera più ampiamente rispetto all'art. 54 c.p., in quanto non è richiesto un pericolo attuale di un danno grave alla persona, né che lo stato di bisogno sia altrimenti evitabile, né alcuna proporzione. Essa opera in rapporto a tutte le ipotesi di cui all' art. 12 t.u., fatta eccezione - per ragioni ontologiche - per quelle caratterizzate dal fine di ingiusto profitto; peraltro, va condivisa l' opinione che analogicamente la estende alle condotte realizzate all'estero⁷³³ - ad esempio, in acque internazionali - sebbene letteralmente non vi rientrerebbero. Mentre la nozione di attività di soccorso si riferisce all'attività oggettivamente scriminata (ossia l'intervento sanitario, la prestazione alimentare ecc.), quella di assistenza umanitaria fa riferimento alla proiezione teleologica della condotta⁷³⁴.

⁷³² C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 110.

⁷³³ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 71; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 123; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 468.

⁷³⁴ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 121.

4.2. L'assunzione di lavoratori clandestini

Il legislatore del 1998 ha predisposto un meccanismo di contingentamento degli ingressi, sia attraverso la programmazione delle quote, sia con la previsione per cui beneficino dei posti fissati con le quote soprattutto gli stranieri chiamati da un datore di lavoro italiano a svolgere una determinata professione in Italia, mediante una procedura c.d. di chiamata nominativa. Talune modifiche nella modalità di chiamata, peraltro, si sono avute nel 2002.

Fino al 2002, il datore di lavoro che avesse voluto avviare un rapporto di lavoro con uno straniero doveva presentare domanda di autorizzazione alla Direzione provinciale del lavoro (art. 22 d.lgs. n. 286/1998; art. 30 co. 1 d.p.r. n. 394/1999) che, accertata la sussistenza di tutta la documentazione necessaria, doveva rilasciare l'autorizzazione entro venti giorni (art. 30 co. 4 d.p.r. n. 394/1999). A questo punto, presentandola, il datore di lavoro avrebbe potuto ottenere in questura il nulla osta all'ingresso dello straniero, dopo altri venti giorni. Giunto in possesso del nulla osta, il datore di lavoro doveva trasmetterlo all'autorità consolare o diplomatica italiana presso il Paese di provenienza dello straniero da assumere (art. 31 co. 5 d.p.r. n. 394/1999), affinché l'autorità concedesse allo straniero il visto per l'ingresso in Italia. Lo straniero in possesso di visto, entrato in Italia, doveva chiedere infine il permesso di soggiorno entro "otto giorni lavorativi" (art. 5 co. 2 d.lgs. n. 286/1998). Con la l. n. 189/2002, il legislatore, per ragioni di semplificazione, ha deciso di istituire un unico ufficio presso le prefetture o gli uffici territoriali del governo (U.T.G.) denominato "sportello unico per l'immigrazione", incaricato di gestire l'intero procedimento di chiamata di lavoratori dall'estero, procedimento dettagliatamente disciplinato solo con il d.p.r. n. 334/2004, entrato in vigore il 25 febbraio 2005. Alla luce della nuova disciplina, il datore di lavoro deve anzitutto presentare in prefettura, presso lo "sportello unico", domanda di assunzione dell'extracomunitario con allegata la documentazione necessaria. Lo "sportello unico", a sua volta, sentito il questore, nel complessivo termine massimo di quaranta giorni dalla presentazione della richiesta, rilascia il nulla osta per l'ingresso del lavoratore (art. 22 co. 5 d.lgs. n. 286/1998; art. 31 d.p.r. n. 394/1999). Rilasciato il nulla osta, lo "sportello

unico” - se così richiesto espressamente dal datore di lavoro - lo trasmette direttamente all'autorità consolare o diplomatica competente affinché quest'ultima rilasci il visto d'ingresso. Il lavoratore munito di visto, entrato nel nostro Paese, deve presentarsi entro otto giorni allo “sportello unico” che ha rilasciato il nulla osta per sottoscrivere il “contratto di soggiorno”, che rappresenta un'altra novità introdotta dalla l. Bossi-Fini (art. 22 co. 6 t.u.; art. 35 d.p.r. n. 394/1999). Lo “sportello unico” deve altresì occuparsi della richiesta di rilascio del permesso di soggiorno di cui all'art. 5 t.u., che viene trasmessa direttamente alla questura dallo “sportello unico” (art. 36 d.p.r. n. 394/1999).

A presidio di questi meccanismi era stata contestualmente posta una fattispecie contravvenzionale che sanzionava con l'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da lire due milioni a lire sei milioni il datore di lavoro che occupasse alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo (così l'originario art. 22 co. 10 t.u.). Tale contravvenzione, a seguito della novella introdotta con la legge Bossi-Fini, era stata sostanzialmente riprodotta nel comma 12 del medesimo articolo 22 t.u. con un mero inasprimento del trattamento sanzionatorio : il datore di lavoro che avesse occupato uno straniero privo del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso fosse scaduto e del quale non fosse stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato sarebbe stato punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato⁷³⁵.

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

⁷³⁵ Per tutto l'*excursus* storico-normativo, v. M. VIZZARDI, *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, p. 1706 ss.

Inoltre, con il d.lgs. n. 109/2012, di attuazione della direttiva 2009/52/CE, contenente “norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”, è stata introdotta una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale del delitto di cui all'art. 22 co. 12 t.u.

Si partirà da un'analisi della fattispecie base, rimasta immutata, per poi giungere, al termine del paragrafo, ad esaminare la novella del 2012.

La ragione dell'incriminazione di questa condotta è da rinvenirsi nell'idea per cui la possibilità di trovare lavoro, pur non avendo lo *status* giuridico richiesto, sia un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea⁷³⁶.

Ci si è chiesti, anzitutto, se questa disposizione si ponesse in un rapporto di *abolitio criminis* o di successione rispetto all'art. 12 co. 2 della l. n. 943/1986, che comminava la pena dell'ammenda e dell'arresto al datore di lavoro che avesse impiegato alle proprie dipendenze lavoratori immigrati sprovvisti di un documento allora denominato autorizzazione al lavoro. La giurisprudenza maggioritaria ha propeso per l'*abolitio*⁷³⁷, data la differenza strutturale tra le due fattispecie che tutelerebbero due beni diversi: l'attuale fattispecie il controllo dei flussi migratori, la precedente la condizione lavorativa dell'immigrato. La previgente disciplina, infatti, mirava ad impedire l'assunzione senza previa autorizzazione al lavoro, mentre l'attuale ha ad oggetto l'occupazione di lavoratori privi di permesso di soggiorno.

Il dato per cui il reato è integrato solo in presenza di più lavoratori, crea una contraddizione con il co. 6 dell'art. 24 t.u. - che, invece, in merito al lavoro stagionale, prevede che “il datore di lavoro che occupa alle sue dipendenze, per lavori di carattere stagionale, uno o più stranieri privi del permesso di soggiorno per lavoro stagionale, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato, è punito ai sensi dell'articolo 22, comma 12”-, nonché con l'assetto normativo relativo alla chiamata nominativa. Ed infatti, in giurisprudenza si afferma che esso si realizza anche quando venga assunto alle dipendenze un solo cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno, in quanto l'uso

⁷³⁶ Così, il considerando 2 della direttiva n. 52 del 2009.

⁷³⁷ Così Cass. Pen., Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 13, in *Cass. pen.*, 2002, p. 502 ss.

della locuzione cittadini da parte della norma incriminatrice configurerebbe un plurale indeterminativo⁷³⁸.

La norma si ritiene applicabile anche in caso di assunzione non stabile⁷³⁹, con eccezione dei soli rapporti di lavoro autonomo, rispetto ai quali l'art. 26 t.u. non adotta analoga previsione⁷⁴⁰ e di quelli occasionali, ove non vi è subordinazione⁷⁴¹.

Inoltre, la locuzione 'datore di lavoro' viene interpretata estensivamente; infatti, generalmente, si ritiene che il reato si configuri in relazione a qualsiasi datore di lavoro (anche non imprenditore) e per qualsiasi numero di lavoratori assunti, essendo volto a sanzionare le indebite assunzioni sia da parte di colui che gestisce professionalmente un'attività di lavoro organizzata che da parte del cittadino, il quale assuma alle sue dipendenze anche un singolo lavoratore irregolare nell'ambito della collaborazione personale o familiare⁷⁴². Peraltro, si è affermato che per datore di lavoro debba intendersi colui che procede alla stipulazione del contratto di lavoro con il cittadino extracomunitario, non assumendo alcuna rilevanza la posizione eventualmente rivestita dal soggetto in una determinata azienda nel cui ambito l'attività lavorativa deve essere svolta⁷⁴³. Addirittura, recentemente si è stimato che del reato di cui all'art. 22, comma 12, t.u. risponde non soltanto chi procede materialmente alla stipulazione del contratto di lavoro, bensì anche chi, pur non

⁷³⁸ Cass. Pen., sez. I, 30 marzo 2005, n. 18182, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3314 ss. *Contra*, isolatamente, Trib. Treviso, ord. 19 maggio 2004, in *Dir. Imm. Citt.*, 2004, p. 172 ss.

⁷³⁹ Cass. Pen., sez. I, 8 febbraio 2005, n. 8661, in *Cass. pen.*, 2006, 4, 1566 : "Integra il reato di illegale assunzione al lavoro di stranieri (art. 22 comma 12 l. 25 luglio 1998 n. 286) l'occupazione di lavoratori privi del permesso di soggiorno, anche se con il patto di prova previsto dall'art. 2096 c.c., in quanto la norma non distingue tra rapporti di lavoro stabili o soggetti a condizione"; nonché Cass. Pen., sez. I, 4 settembre 2008, n. 38079, in *Guida al dir.*, 2008, 45, 83, secondo cui «il reato di cui all'art. 22 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che punisce il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze "lavoratori stranieri" privi del permesso di soggiorno ovvero il cui permesso di soggiorno sia scaduto, revocato o annullato, è configurabile qualunque sia la tipologia di lavoro subordinato instaurato (quindi anche il rapporto di lavoro in prova) e indipendentemente da qualunque delimitazione temporale dell'attività (quindi anche il lavoro di un giorno)».

⁷⁴⁰ In proposito v., G. FRULLANO, *Il reato di assunzione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 319.

⁷⁴¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 169.

⁷⁴² Cass. Pen., sez. I, 12 aprile 2005, n. 16431, in *CED Cass. pen.*, 2005.

⁷⁴³ Cass. Pen., sez. I, 22 giugno 2005, n. 34229, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3316 ss.

avendo provveduto direttamente all'assunzione, se ne avvalga, tenendo alle sue dipendenze e quindi occupando, più o meno stabilmente, gli assunti in condizioni di irregolarità⁷⁴⁴ : la punibilità anche dell'utilizzatore di fatto sembrerebbe trasformare questo reato da proprio in comune, non essendo più necessario che sia commesso dal datore di lavoro.

In generale, una interpretazione così lata del requisito datoriale sembra non solo valorizzare una logica lavoristica depressiva, ma mal si attaglia alla fenomenologia delle situazioni che effettivamente dovrebbero esser tenute sotto controllo.

Per occupazione si intende il concreto inizio della prestazione lavorativa e si ritiene che il reato abbia natura permanente⁷⁴⁵.

Numerosi dubbi interpretativi ha determinato il riferimento al permesso di soggiorno “previsto dal presente articolo”.

Va anzitutto premesso che il rinvio al permesso di soggiorno “previsto dal presente articolo” è del tutto “improprio”, poiché l'art. 22 disciplina il procedimento attraverso il quale il datore di lavoro chiama in Italia un lavoratore, mentre la disciplina del permesso di soggiorno per motivi di lavoro è contenuta negli artt. 5 e 5-bis t.u., disposizioni alle quali l'art. 22 co. 12 - se correttamente formulato - avrebbe dovuto rinviare⁷⁴⁶. E, tuttavia, la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 co. 10 t.u. che, «punendo “il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato”, farebbe riferimento, per errore materiale, al permesso di soggiorno di cui all'art. 22 e non già a quello di cui all'art. 5 del medesimo decreto legislativo, ponendosi in tal modo in contrasto con gli art. 3, 24, 25, comma 2, e 101 cost. nonché con i principi di legalità, tassatività e necessaria determinatezza delle norme penali. Il remittente muove infatti da una erronea premessa interpretativa, giacché il riferimento contenuto nella disposizione censurata al “permesso di soggiorno di cui al presente articolo”

⁷⁴⁴ Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2011, n. 25615, in *Guida al dir.*, 2011, 37, p. 83 ss.

⁷⁴⁵ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 168.

⁷⁴⁶ Così, M. VIZZARDI, *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, cit., p. 1711.

non è frutto di errore materiale nella redazione legislativa, ma rinvia al permesso di soggiorno per motivi di lavoro, disciplinato, appunto, dal medesimo art. 22 e specificamente richiamato nei commi 7 e 9, e non al permesso di soggiorno “generico” previsto dall'art. 5 del citato decreto legislativo»⁷⁴⁷.

Sembra inoltre discutibile la rilevanza penale della condotta nelle ipotesi in cui il soggetto abbia un permesso di soggiorno generico *ex art. 5 t.u.*, e non specificamente un permesso per lavoro subordinato, in quanto anche i titolari del permesso di soggiorno *ex art. 5* possono accedere ad una occupazione regolare⁷⁴⁸.

Sotto altro profilo, la locuzione “lavoratori privi del permesso di soggiorno” contemplata nella fattispecie incriminatrice deve essere interpretata come riferita ai soli lavoratori extracomunitari irregolari, cioè clandestini perché entrati in Italia senza visto di lavoro o con permesso di soggiorno scaduto, e non a quegli immigrati regolari che sono soltanto in attesa del rilascio del permesso di soggiorno tempestivamente richiesto⁷⁴⁹. Non sarebbe corretto, infatti, tanto che il datore di lavoro attendesse mesi per poter impiegare un lavoratore dopo averlo regolarmente chiamato in Italia, quanto che lo straniero attendesse lo stesso periodo senza lavorare⁷⁵⁰.

Lascia perplessi la circostanza per cui la disposizione risulti applicabile anche qualora ‘il permesso di soggiorno sia scaduto e non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo’, o addirittura nel caso in cui questo sia stato ‘revocato o annullato’, poiché sembra sussistere, in questi casi, il rischio di una responsabilità oggettiva occulta a carico del datore di lavoro. Ciò anche in considerazione del dato per cui il termine di cui all'art. 5 co. 4 t.u. parebbe non essere perentorio.

⁷⁴⁷ Così, Corte Cost., 31 luglio 2002, n. 419, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3009 ss.

⁷⁴⁸ Sulla questione, G. FRULLANO, *Il reato di assunzione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 320 ss.

⁷⁴⁹ Trib. Trento, 30 settembre 2005, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, p. 1704 ss.

⁷⁵⁰ *Contra*, Cass. Pen., sez. I, 25 ottobre 2006, n. 37409, in *Dir. e giust.*, 2006, 44, p. 91 ss., secondo cui “la responsabilità del datore di lavoro per l'assunzione di uno straniero privo del permesso di soggiorno, in violazione della previsione di cui all'art. 22 co.12, d.lgs. n. 286 del 1998, non è esclusa dalla buona fede invocata per aver preso visione della richiesta del permesso di soggiorno avanzata dal lavoratore”.

Sul piano del trattamento sanzionatorio, si è affermato che “non possono essere sottoposti a sequestro preventivo l'immobile, le strutture e gli apparecchi costituenti l'azienda funzionante ed economicamente produttiva in ragione dell'occupazione non totalitaria o prevalente di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, in quanto tali beni non sono in rapporto di pertinenzialità rispetto al reato di cui all'art. 22, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e succ. mod.”⁷⁵¹.

Come anticipato, con il d.lgs. n. 109/2012, di attuazione della direttiva 2009/52/CE, contenente “norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”, è stata introdotta una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale del delitto di cui all'art. 22 co. 12 t.u. Il nuovo co. 12 *bis* stabilisce un aumento da un terzo alla metà delle pene previste al co. 12 quando: “1) i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; 2) i lavoratori occupati sono minori non in età lavorativa; 3) i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'art. 603 *bis* del codice penale”. Esso ha altresì introdotto il nuovo art. 22 co. 12 *ter* nel t.u., che attua l'art. 5 della direttiva, prevedendo che, nei casi di condanna per il delitto di cui al co. 12, “il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente”; il co. 2 dell'art. 1, d. lgs. cit., prevede, inoltre, che con decreto interministeriale vengano fissati “i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio di rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria”, e che i proventi derivanti dall'applicazione di tale sanzione vadano “per il 60% al Fondo rimpatri di cui all'art. 14 *bis* t.u. imm. e per il residuo 40% al Fondo sociale per occupazione e formazione di cui all'art. 18 co. 1 d.l. 185/2008, per la realizzazione di interventi di integrazione sociale di immigrati e minori stranieri non accompagnati”.

Ancora, in attuazione dell'art. 11 della direttiva, l'art. 2 del decreto ha esteso il novero delle ipotesi da cui discende la responsabilità da reato degli enti; il nuovo art. 25 *duodeces* d.lgs. 231/2001 stabilisce che “in relazione alla

⁷⁵¹ Cass. Pen., sez. I, 06 luglio 2007, n. 34605, in *Cass. pen.*, 2008, 11, p. 4272 ss.

commissione del delitto di cui all'art. 22 co. 12 *bis* d.lgs. 286/98 si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro”.

Infine, l'art. 1 co. 1 lett. b) ha aggiunto all'art. 22 t.u. i nuovi co. 12 *quater* e *quinquies*, secondo cui “nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al co. 12 *bis* è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale istaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5 co. 6”, ossia il permesso per motivi umanitari; permesso che ha durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale, ed è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, ovvero qualora vengano meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio. Tuttavia, va tenuto conto del dato per cui “in concreto, essendo legata la concessione del permesso di soggiorno all'instaurazione di un processo penale a carico del datore di lavoro, l'ambito applicativo del nuovo istituto dipenderà dalla capacità delle Procure di aprire un numero significativo di procedimenti per tale tipologia di reati; sino ad ora, i processi per sfruttamento del lavoro irregolare, qualificati come favoreggiamento dell'immigrazione irregolare *ex art. 12 co. 5*, sono stati statisticamente assai poco numerosi, ma proprio la nuova previsione del permesso di soggiorno in caso di denuncia può costituire un incentivo importante per gli stranieri a segnalare all'autorità giudiziaria i propri sfruttatori (si ricordi che, prima della riforma, lo straniero irregolare che denunciasse il proprio datore di lavoro era inevitabilmente esposto ad una denuncia *ex art. 10 bis* in sede penale, ed all'espulsione in sede amministrativa)”⁷⁵².

⁷⁵² L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit. Diffusamente, su questi profili, l'interessante articolo di M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 4, p. 35 ss., il quale rilevava che a tale situazione contribuiva altresì la portata restrittiva dell'art. 18 t.u., che prevede la concessione di uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti di un'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale solo per i delitti di cui all'art. 3 l. n. 75 del 20 febbraio 1958, o di quelli previsti dall'articolo 380 c.p.p., tra cui non è compreso quello in esame; d'altro canto, è vero che l'art. 380 c.p.p. richiama l'art.

Complessivamente, la disposizione del Testo unico pare attualmente prevedere un trattamento sanzionatorio più severo di quello previsto dalla direttiva. Infatti, la norma interna non subordina la punibilità del datore di lavoro ad alcuna delle condizioni indicate dall'art. 9 della direttiva ed eleva ad elementi circostanziali molte delle situazioni che la direttiva individuava come presupposti alternativi dell'obbligo di incriminazione, in quanto la circostanza di cui al n. 1 richiama la lett. a) dell'art. 9 dir. che fa riferimento ad “numero significativo” di soggetti impiegati, quella di cui al n. 2 riprende la lett. e) relativa all'occupazione di minorenni, la n. 3 richiama la lett. c) sulle condizioni lavorative di particolare sfruttamento.

Invece, l'art. 9 della direttiva «si riallaccia non solo alla semplice violazione del divieto, contenuto nell'art. 3 comma 1, di assumere cittadini di Stati terzi senza legittimo permesso di soggiorno. Gli Stati membri debbono invece penalizzare l'illegale assunzione solo quando ricorra anche una delle seguenti circostanze aggravanti: una violazione ripetuta o pervicace, l'assunzione di una pluralità di cittadini di Stati terzi illegali o di minorenni, rapporti di lavoro caratterizzati da sfruttamento, oppure l'assunzione nella consapevolezza che il lavoratore è vittima di un traffico di esseri umani. Per violazioni “normali” vengono invece ritenute sufficienti sanzioni non penali. Qui si può scorgere un (consapevole?) segno di attenzione per il principio di proporzione con riferimento all'impiego del diritto penale e quindi per il rispetto del principio di *ultima ratio*»⁷⁵³. Consapevolezza che il legislatore interno, in questo caso, non ha dimostrato.

In particolare, appare criticabile il richiamo effettuato dall'art. 22 co. 12 *bis* t.u. all'art. 603 *bis* c.p. per definire la nozione di sfruttamento. Quest'ultimo, infatti, “non fornisce in realtà un apporto particolarmente significativo alla precisazione del concetto, posto che la norma richiamata si limita ad individuare i parametri da tenere in considerazione nello svolgere tale valutazione (le caratteristiche della prestazioni e le condizioni di lavoro), senza fornire all'interprete alcuna ulteriore indicazione contenutistica, e destando così

600 c.p., e tuttavia la casistica applicativa della riduzione in schiavitù risulta per lo più riferita all'ambito dello sfruttamento sessuale, e assai meno a quello lavorativo.

⁷⁵³ EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1268.

alcune perplessità quanto al rispetto del canone della precisione-determinatezza⁷⁵⁴.

Inoltre, l'introduzione dell'aggravante solleva dei problemi di coordinamento con la fattispecie di cui all'art. 12 co. 5 t.u. Infatti, “la nuova aggravante tipizza proprio quella situazione di sfruttamento profittatorio che, prima della riforma, era ritenuta caratteristica del reato di cui all'art. 12 co. 5, e del resto la sanzione risultante dall'applicazione dell'aggravante è più elevata di quella prevista per tale fattispecie incriminatrice (4 anni e 6 mesi di pena massima con la nuova aggravante, 4 anni la pena massima dell'art. 12 co. 5), con conseguente applicazione della clausola di riserva ivi contenuta⁷⁵⁵. Sembrerebbe, dunque, che attualmente tutte le ipotesi in questione ricadano sotto l'art. 22 co. 12 o 12 *bis*, con un trattamento sanzionatorio leggermente più severo di quello applicabile in precedenza⁷⁵⁶. Residuerebbe, invece, a parere di chi scrive, per via della sciattezza del richiamo all'art. 603 *bis* co. 3 - che fa

⁷⁵⁴L.MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, su www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 settembre 2012

⁷⁵⁵ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit. Per la giurisprudenza, sul punto, Cfr., tra le tante, Cass. Pen., sez. I, 28 giugno 2000, n. 4700, in *CED Cass. pen.*, 2000, secondo cui «il reato di favoreggiamento della illegale presenza di stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato, previsto dall'art. 12, comma 5, del t.u. approvato con d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non è configurabile per il solo fatto dell'assunzione al lavoro di immigrati clandestini, occorrendo anche la finalità di “ingiusto profitto”, riconoscibile soltanto quando si esuli dall'ambito del normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera come, ad esempio, nel caso di impiego dei clandestini in attività illecite o in quello dell'imposizione a loro carico di condizioni gravose o discriminatorie di orario e di retribuzione; condizioni, queste, in assenza delle quali può soltanto configurarsi il reato contravvenzionale di cui all'art. 22, comma 10, del citato d. lgs. n. 286/1998»; nonché, Cass. Pen., sez. III, 8 marzo 2001, n. 16064, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1802 ss., secondo cui “l'impiego di lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni di illegalità con la corresponsione di minime retribuzioni connota il fine di lucro ed il conseguente ingiusto profitto tratto dalla citata condizione di illegalità sanzionato dall'art. 12 l. 30 dicembre 1986, n. 943, come trasfuso nell'art. 12 comma 5 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, atteso che in tal modo si favorisce la permanenza dell'immigrato extracomunitario nel territorio dello Stato al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero”. Sempre in un'ottica delimitativa, Cass. Pen., sez. I, 29 novembre 2006, n. 40398, in *Riv. pen.*, 2007, 5, p. 523 ss. “l'omesso versamento dei contributi previdenziali in relazione a un rapporto di lavoro subordinato stipulato con cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è da solo sufficiente ad integrare quel fine di ingiusto profitto che è elemento costitutivo del reato di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato di immigrati clandestini previsto dall'art. 12 comma 5 d. lgs. n. 286 del 1998”.

⁷⁵⁶ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

riferimento solo all'esposizione dei lavoratori a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro - la possibilità di applicare ancora l'art. 12 co. 5 t.u. in caso di sfruttamento meramente economico in ragione dell'inadeguatezza della retribuzione. Va osservato, peraltro, che, in tal caso, sarebbe inammissibile un concorso tra i due reati, pena una violazione del *ne bis in idem* sostanziale⁷⁵⁷.

Quanto all' art. 22 co. 12 *ter*, “desta qualche perplessità la scelta di legare l'entità della sanzione all'entità del rimpatrio, dando erroneamente l'impressione di instaurare un automatismo tra occupazione illegale ed espulsione del lavoratore irregolare, che è invece smentito dalla possibilità (prevista, sia dalla direttiva che dal decreto di recepimento) per il lavoratore di ottenere un titolo di soggiorno qualora abbia denunciato la propria condizione di sfruttamento”⁷⁵⁸. Tuttavia, tale scelta forse lascia emergere quella che - pur a fronte di una possibilità diversa - sarà la prassi futura.

L'inasprimento quantitativo e qualitativo delle pene è stato, da taluni, giustificato sulla base dell'asserzione secondo cui “il lavoro nero arreca un grave nocumento per l'economia nazionale e rappresenta una forma di concorrenza sleale nei confronti delle aziende che operano sul mercato correttamente. Laddove il lavoratore sia extracomunitario, inoltre, tale condotta incide negativamente anche sulle politiche migratorie nazionali, poiché falsa la domanda di lavoro delle aziende italiane, che sta alla base della determinazione delle quote dei flussi di ingresso”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ *Contra*, Cass. Pen., sez. I, 8 aprile 2003, n. 23438, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1370 ss., secondo cui “la disposizione dell'art. 20 comma 5 l. n. 40 del 1998 (oggi trasfusa in quella dell'art. 22 comma 10 d. lgs. n. 286 del 1998), la quale punisce il fatto del datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze cittadini extracomunitari privi del permesso di soggiorno, non è speciale rispetto a quella di cui all'art. 10 comma 5 della stessa legge (oggi l'art. 12 comma 5 d. lgs. citato) che prevede il reato di favoreggiamento della permanenza di stranieri nel territorio dello Stato in condizioni di illegalità. Ne consegue che i due reati possono concorrere tra di loro”.

⁷⁵⁸ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

⁷⁵⁹ S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, cit., p. 27. Non possono non nutrirsi dubbi, però, sul riferimento al danno all'economia nazionale; assolutamente condivisibili le parole di L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, p. 17: “Queste norme e queste pratiche rivelano insomma un vero e proprio razzismo istituzionale (...). Esse esprimono l'immagine dell'immigrato come ‘cosa’, come ‘non persona’, il cui solo valore è quello di una mano d'opera a basso costo per lavori troppo faticosi, o pericolosi o umilianti: una risorsa, dunque,

Ma il problema reale è che il sistema delle quote è del tutto ed irrimediabilmente ineffettivo. Lo dimostra la sanatoria-lampo *ex art. 1 ter*, commi 8 e 11, d.l. 1 ° luglio 2009, n. 78 , «che ha subito risparmiato colf e badanti irregolari, ammesse a regolarizzare la loro posizione attraverso una procedura che nell'immediato comporta la sospensione dei procedimenti penali per i reati previsti dal t.u. immigrazione (compreso pertanto quello di “clandestinità”, ma con esclusione dell’art. 12 T.u.imm.) e che, in caso di buon esito (sottoscrizione del contratto di soggiorno, comunicazione obbligatoria di assunzione all'INPS e rilascio del permesso di soggiorno), comporta l'estinzione di quei reati (anche per i datori di lavoro)»⁷⁶⁰. Peraltro, anche lo stesso art. 5 del d.lgs. n. 109/2012 prevede una sanatoria, così come in realtà è avvenuto per quasi ogni intervento normativo in materia di immigrazione.

In queste ipotesi sembrerebbe più appropriato l’uso di strumenti extrapenali, che semplicemente prevedessero una regolarizzazione della posizione del lavoratore migrante, non sussistendo evidentemente condizioni ostative alla concessione di un permesso di soggiorno⁷⁶¹. Ciò soprattutto in considerazione del dato per cui tale reato, nella fattispecie base, sarà applicato solo qualora non si ravvisi alcuno sfruttamento dello straniero impiegato.

Va altresì rilevato che, di recente, è stata introdotta una nuova fattispecie all’art. 603 *bis* c.p.⁷⁶², relativa al caporalato, fenomeno sociale

per l’economia nazionale, un ottimo affare per i singoli imprenditori, un risparmio nei costi della formazione della forza lavoro, tutto, fuorché un essere umano, titolare dei diritti al pari dei cittadini”.

⁷⁶⁰ G. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1339.

⁷⁶¹ Tale ipotesi sarebbe in armonia con le proposte di “regolarizzazione permanente”, avanzate da varie associazioni a tutela dei migranti e non solo, sulla base delle quali la regolarizzazione dello straniero dovrebbe dipendere dal suo concreto inserimento nel tessuto sociale ed economico del territorio in cui si trova a vivere, al di là della regolarità del suo ingresso.

⁷⁶² Se ne riporta il testo per comodità del lettore : “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato. Ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze: 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la sistematica violazione della normativa relativa

complesso ed antico che assume oggi nuova vitalità “ponendosi come uno degli effetti più inquietanti della stagione neoliberista e dei connessi processi di precarizzazione del mercato del lavoro”. “Tale forma moderna di schiavitù finisce con l’aver assai spesso i migranti come destinatari” e “conferma quel processo di privatizzazione e *deregulation* di un numero sempre maggiore di funzioni una volta prerogativa dei governi”⁷⁶³. Tale fenomeno - come attenta dottrina rileva⁷⁶⁴ - è stato involontariamente favorito dalla direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva *Bolkestein*) che, aprendo alla concorrenza ed alla liberalizzazione quasi tutte le attività di servizio e alla precarizzazione le forme di lavoro, ha creato la possibilità di ampie zone grigie. In assenza dell’art. 603 *bis* c.p., le relative condotte, se rivolte verso soggetti stranieri, sarebbero astrattamente potute rientrare nell’art. 12 co. 3 *ter* lett. a) o nell’art. 12 co. 5 t.u., nel nuovo art. 22 co. 12 *bis*, oppure nell’art. 600 c.p. Ad ogni modo, essendo l’art. 603 *bis* c.p. riferito a qualunque vittima, indipendentemente dalla cittadinanza - così come i reati di tratta e riduzione o mantenimento in schiavitù - non è questa la sede per soffermarvisi.

E’ evidente che tra le pratiche schiavistiche di lavoro forzato - caratterizzate da mancanza di consenso e minaccia di ritorsioni, come ad esempio, nel caso dei migranti, di denuncia all’autorità - e le situazioni di lavoro massimamente garantite esistono numerose sfumature e zone grigie, in cui i diritti dei lavoratori risultano diluiti e progressivamente ridotti : situazioni di sfruttamento meramente economico, situazioni contraddistinte da durezza del lavoro e da precarietà dell’ambiente lavorativo, ipotesi di sovraccarico da

all’orario di lavoro, al riposo settimanale, all’aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l’incolumità personale;4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti. Costituiscono aggravante specifica e comportano l’aumento della pena da un terzo alla metà: 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre; 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; 3) l’aver commesso il fatto esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro”.

⁷⁶³ E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell’immigrato clandestino tra l’incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. Dir.*, 1-2, 2011, p. 49.

⁷⁶⁴ E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell’immigrato clandestino tra l’incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, cit., p. 50 s.

eccessive ore di lavoro ecc.⁷⁶⁵ Tali sfumature non possono essere sottovalutate, né la risoluzione dell'insieme di tutte queste problematiche può essere affidata solo al diritto penale.

Va ricordato che, per quanto riguarda le garanzie civilistiche riconosciute a chi è stato illegittimamente occupato, si afferma che il contratto di lavoro stipulato con lo straniero extracomunitario privo del permesso di soggiorno sia illegittimo per violazione dell'art. 22 co. 12 t.u.; e che, tuttavia, in virtù del disposto dell'art. 2126 c.c., comma 1 e soprattutto comma 2, da tale contratto derivi l'obbligo datoriale di corrispondere la retribuzione e, di conseguenza, di versare i relativi contributi di cui all'art. 2116 c.c.⁷⁶⁶. D'altronde, è essenziale che ai lavoratori extracomunitari irregolari si estendano le tutele garantite dagli artt. 35 e 36 Cost. In proposito, l'art. 3 del d.lgs. n. 109/2012 prevede che, nelle ipotesi in cui sia stato accertato il delitto di occupazione irregolare (anche nella sua forma non aggravata), “ai fini della determinazione delle somme dovute dal datore di lavoro a titolo retributivo, contributivo e fiscale, nonché per i relativi accessori si presume che il rapporto di lavoro instaurato con il lavoratore straniero privo del permesso di soggiorno abbia avuto una durata di almeno tre mesi, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore”⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Su questi profili, diffusamente, N. BOSCHIERO, *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie o nuove forme di schiavitù nell'era della “private economy”?*, in *Dir. Um. Dir. Intern.*, 2010, 2, p. 348 ss.

⁷⁶⁶ Cass. Civ., sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7380, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, II, p. 778 ss. V., altresì, la circolare del Ministero del Lavoro del 14 gennaio 2002 n. 2, secondo cui “la violazione alle regole stabilite dal d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 circa il procedimento che il datore di lavoro deve seguire nel caso abbia intenzione di instaurare un rapporto di lavoro con un straniero, pur rendendo nullo il contratto di lavoro, non fa venir meno, in virtù dell'art. 2126 c.c., l'obbligo dello stesso datore di lavoro di corrispondere la retribuzione e, correlativamente, quello di versare i contributi riguardanti le assicurazioni sociali per il periodo in cui l'attività lavorativa è stata effettivamente prestata”.

⁷⁶⁷ Peraltro, il nuovo art. 22 co. 5 *bis* t.u. prevede altresì che il nulla osta al lavoro è rifiutato se il datore di lavoro risulti condannato negli ultimi cinque anni, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per: a) favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; b) intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ai sensi dell'articolo 603-bis del codice penale; c) reato previsto dal comma 12; e il nuovo comma 5 *ter* che il nulla osta al lavoro è, altresì, rifiutato ovvero, nel caso sia stato rilasciato, è revocato se i documenti presentati sono stati ottenuti mediante frode

In conclusione, va osservato che la disciplina della condizione giuridica dei lavoratori migranti è altresì contenuta in taluni strumenti internazionali (Convenzione OIL n. 143/1975, Convenzione NU sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie ecc.)⁷⁶⁸.

o sono stati falsificati o contraffatti ovvero qualora lo straniero non si rechi presso lo sportello unico per l'immigrazione per la firma del contratto di soggiorno entro il termine di cui al comma 6, salvo che il ritardo sia dipeso da cause di forza maggiore.

⁷⁶⁸ Per un puntuale riferimento a queste normative, e alle loro differenze soprattutto per quanto attiene alla tutela riservata al migrante irregolare, che sembra pienamente riconosciuta nella Convenzione ONU e meno univoca nel diritto OIL, F. MORRONE, *Lo sfruttamento della manodopera straniera e le "forme contemporanee di schiavitù": il caso di Rosarno*, in *Dir. Um. Dir. Intern.*, 2010, 2, p. 368 ss.

CAPITOLO III

La disciplina delle espulsioni: tra misure penali e misure amministrative

«Volevamo braccia, sono arrivati uomini»

M. Frisch

1. I centri di identificazione ed espulsione. - 2. Lo straniero e l'espulsione. - 2.1. L'espulsione come misura amministrativa e i respingimenti. - 2.2. L'espulsione come misura di sicurezza. - 2.3. L'espulsione come sanzione sostitutiva o alternativa. - 3. Cenni intorno ad alcuni profili processuali.

1. I centri di identificazione ed espulsione

In Europa, esistono varie tipologie di campi per stranieri, in tutto circa un centinaio : campi aperti o chiusi, informali (tendenzialmente “strutturati” nei quartieri periferici delle grandi città) o istituzionali, improvvisati (ad esempio, zone aeroportuali) o programmati. In relazione ai campi “istituzionali”, si distinguono campi di attesa (a fini identificativi); campi di detenzione (per chi ha varcato illegalmente il confine e anche, in taluni casi, per i richiedenti forme di protezione internazionale); campi di allontanamento (a fini espulsivi)⁷⁶⁹. Il loro numero non sembra destinato a scendere, se solo si

⁷⁶⁹ Così, D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri : luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, a cura di S. GAMBINO- G. D'IGNAZIO, cit., p. 505 s.

considera che i nuovi Paesi candidati all'adesione all'Unione hanno ricevuto finanziamenti per la loro costruzione⁷⁷⁰.

I campi sono tendenzialmente gestiti da società private; tuttavia, mentre nei Paesi anglosassoni, generalmente, la gestione è affidata a società attive nel campo della sicurezza, nell'Europa continentale a società operanti nel campo dell'assistenza e della solidarietà. Solo nell'8% dei casi i centri sono nati con la funzione di ospitare immigrati; la maggior parte degli edifici, invece, è costituita da impianti militari dismessi, convitti, ospizi, sedi per lo stoccaggio merci etc.⁷⁷¹

Una prima forma di detenzione amministrativa fu introdotta, nel 1810, in Francia, ed a poca distanza di tempo in molti altri Paesi europei. Tuttavia, tale detenzione era per lo più attuata in attesa dell'autorizzazione all'ingresso; avveniva in luoghi non appositamente pensati a tali fini (porti, navi, stazioni); aveva una durata molto breve; non aveva la funzione di regolare l'immigrazione da lavoro, ma di controllare specifici stranieri potenzialmente pericolosi⁷⁷².

Nel nostro ordinamento, la possibilità di trattenimento nei campi è stata prevista già a partire dal 1998: un antenato della moderna disciplina del trattenimento è rinvenibile nell'art. 7 della legge Martelli, che prevedeva l'applicazione nei confronti degli espellendi - in presenza dei necessari requisiti - della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza o, ancora, nell'obbligo di dimora imposto negli stessi casi dal decreto Dini⁷⁷³; tuttavia, la disciplina del trattenimento ha subito un continuo inasprimento, principalmente in virtù dell'allungamento della possibilità di durata della detenzione. Con il d. l. n. 92/2008, con l'evidente *ratio* di adeguare la forma al contenuto, i centri di permanenza temporanea e di accoglienza (C.P.T.A.) sono stati rinominati centri di identificazione e di espulsione (C.I.E.): insomma, spariscono la "T" e la "A", espressive dell'eccezionalità ed umanità della misura⁷⁷⁴. L'ex Ministro

⁷⁷⁰ D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri : luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, cit., p. 508.

⁷⁷¹ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 116 ss.

⁷⁷² A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 111 ss.

⁷⁷³ Ampiamente, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 249.

⁷⁷⁴ D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri : luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, cit., p. 531.

dell'Interno Maroni ha recentemente enfatizzato il ruolo dei C.I.E, ricordando che “quando i C.I.E. sono stati introdotti dall'allora Ministro dell'Interno Giorgio Napolitano la permanenza era limitata ad un mese, quando è stata raddoppiata sono più che raddoppiati i casi di identificazione. Ciò è avvenuto perché se si ha la prospettiva di dover rimanere nei centri un mese si resiste, due mesi è già più difficile, mentre credo che nessuno possa pensare di non farsi riconoscere e resistere per 18 mesi”⁷⁷⁵. Essi, dunque, devono costringere per sfinimento lo straniero a declinare le proprie generalità, necessarie all'allontanamento, ed assicurare la disponibilità fisica del trattenuto per tutto il tempo necessario ad ottenere la documentazione indispensabile alla sua espulsione⁷⁷⁶.

Si tratta, dunque, di un isolamento in strutture sostanzialmente carcerarie, stabilito in esito a un procedimento amministrativo sottoposto a una mera convalida da parte del giudice di pace. La previsione dei C.I.E. rappresenta “la norma di chiusura di un sistema sanzionatorio amministrativo orientato ad una sorta di *horror libertatis* riferito allo straniero irregolare”, senza tuttavia le garanzie poste a presidio dell'applicazione di pene e di misure cautelari⁷⁷⁷. Ed, infatti, non è disposta da un giudice, è sottratta al principio di proporzionalità ed adeguatezza, è sottratta al rispetto dei corollari del principio di legalità (ad esempio, si è scelto di assicurare al nuovo regime temporale del trattenimento nei C.I.E. un'applicazione retroattiva)⁷⁷⁸.

Attualmente, l'art. 14 t.u. prevede che “quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con

⁷⁷⁵ XVI Legislatura, Resoconto stenografico del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, Audizione del 15 ottobre 2008.

⁷⁷⁶ Così, A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 10.

⁷⁷⁷ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 6.

⁷⁷⁸ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 33.

decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate all'articolo 13, comma 4 *bis*, ossia il rischio di fuga, anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo". E' evidente che, per quanto "le situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento" non debbano dipendere da disfunzioni organizzative imputabili allo Stato o agli Stati, molto spesso ciò accade.

Altre ipotesi di trattenimento sono previste nell'art. 13 co. 5 *bis* t.u.- secondo cui, in attesa della definizione del procedimento di convalida, lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di identificazione ed espulsione, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili; nonché, nell'art. 14 co. 5 *ter* t.u. - in caso di violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato di cui al comma 5 *bis* dello stesso articolo - e *quater* - in caso di violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato di cui al comma 5 *ter* -. Ai sensi dell'art. 20 co. 11 d. lgs. n. 30 / 2007 - come modificato nel 2008 -, anche i cittadini comunitari possono essere destinatari di un provvedimento di allontanamento nelle more del giudizio di convalida.

Ancora, è ciò è davvero gravemente lesivo della dignità personale e dei diritti umani, ai sensi dell'art. 21 d. lgs. n. 25/2008, relativo alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, "è disposto il trattenimento, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, del richiedente: a) che si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F, della Convenzione di Ginevra; b) che è stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da

destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; c) che è destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento”; mentre *ex art. 20, d. lgs. cit.*, “il richiedente è ospitato in un centro di accoglienza per richiedenti asilo nei seguenti casi: a) quando è necessario verificare o determinare la sua nazionalità o identità, ove lo stesso non sia in possesso dei documenti di viaggio o di identità, ovvero al suo arrivo nel territorio dello Stato abbia presentato documenti risultati falsi o contraffatti; b) quando ha presentato la domanda dopo essere stato fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo; c) quando ha presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare” (cd. C.A.R.A.)⁷⁷⁹.

D’altro canto, tale disciplina non stupisce : infatti, la disciplina dell’asilo ha da sempre seguito gli indirizzi assunti dalle politiche sull’immigrazione, cosa resa evidente anche dalla collocazione sistematica interna al t.u. Ciò avviene anche sulla base della presunzione che le richieste di asilo siano, per lo più, volte ad una mera elusione dei vincoli e limiti all’ingresso nel nostro Stato, ma l’infondatezza ed il carattere pretestuoso andrebbe provata. In questo sistema, soggetti che sfuggivano a minacce alla propria libertà personale nei Paesi d’origine, si trovano sottoposti alle stesse nella penisola nostrana⁷⁸⁰. Inoltre, solo per citare un esempio illuminante, il caso di cui all’art. 20 lett. a) sembra accomunare quasi tutti coloro che giungono sulle nostre coste, trasformando, così, una restrizione che *ex artt. 10 e 13 Cost.* dovrebbe essere eccezionale in ordinaria, senza neanche le garanzie -

⁷⁷⁹ Sul punto, v. N. LONOCE, *L’esecuzione dell’espulsione e dell’allontanamento*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell’immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 738, secondo cui “dal coordinato disposto delle norme di cui agli artt. 10, 13, 14 t.u. e 20 e 21 d. lgs. 25/2008, oggi in Italia avrebbe senso solo l’esistenza dei C. I. E., in quanto ad un’applicazione puntuale e rigorosa della normativa, nessuno straniero, se non in ipotesi eccezionali ed assolutamente residuali, potrebbe presentare domanda di protezione internazionale senza prima essere destinatario di un provvedimento di espulsione, di allontanamento o di respingimento”.

⁷⁸⁰ C. F. FERRAJOLI, *Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione*, in *Pol. dir.*, 2007, 2, p. 175 ss. L’Autore, peraltro, fa notare come la disciplina sul riconoscimento dell’asilo - che dal greco significa chi “è inviolabile” o “è immune”- sia stata storicamente condizionata in modo assai forte : basti pensare che, fino agli anni ’90 del secolo scorso, il contesto geopolitico della guerra fredda aveva indotto a circoscrivere le tutele ai rifugiati di origine europea.

come la convalida - previste per il trattenimento nei C.I.E.⁷⁸¹ Peraltro, secondo parte della giurisprudenza, l'attuale formulazione dell'art. 21 lett. c) d.lgs. n. 25/2008 consentirebbe un uso dello strumento del trattenimento più ampio di quanto consentito dalla direttiva 2008/115/CE, e di conseguenza deve essere respinta la richiesta di proroga del trattenimento dello straniero richiedente asilo, quando non ne sussistano i requisiti di legittimità stabiliti dall'art. 15 della direttiva⁷⁸².

Va, poi, menzionato il trattenimento presso centri come il Centro di soccorso e prima accoglienza di Lampedusa, istituito dall'art. 23 del regolamento di attuazione del t.u. per le "attività di accoglienza, assistenza e per quelle svolte per le esigenze igienico sanitarie", la cui durata può essere anche di diverse settimane, in condizioni di sostanziale detenzione (essendo la struttura circondata da un muro alto più di tre metri, potenziato in alcuni punti con filo spinato ed essendo inibito agli "ospiti" non solo uscire dal centro, ma persino circolare liberamente al suo interno); tutto ciò in assenza di disposizioni di legge autorizzative e di qualsivoglia controllo della autorità giudiziaria⁷⁸³.

⁷⁸¹ C. F. FERRAJOLI, *Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione*, cit., p. 188. Ciò perché il trattenimento nei C. A. R. A. sarebbe ritenuto lesivo della libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.*, e non dell'art. 13 Cost., non essendo reputato un provvedimento coattivo.

⁷⁸² Trib. Torino, sez. IX civile, 28 gennaio 2001, massima di L. MASERA, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

⁷⁸³ Così, L. PEPINO, *Detenzione senza limiti. Per i migranti si può*, in *Il Manifesto*, 3 luglio 2012. L'Autore rileva che ciò «indusse alcuni volontari di associazioni operanti nell'isola a denunciare il fatto alla procura di Agrigento, indicando numerosi testimoni della situazione e chiedendo di accertare se non fossero ravvisabili nei fatti delle responsabilità penali. Incredibilmente il giudice per le indagini preliminari di Agrigento, accogliendo la richiesta del pubblico ministero, ha archiviato la denuncia motivando che "la mancata previsione di un termine massimo di permanenza presso il centro di Lampedusa e di un controllo da parte dell'autorità giurisdizionale per la stessa permanenza, unitamente agli oggettivi problemi organizzativi e di sicurezza legati al trasferimento in altre strutture dei cittadini stranieri ed all'adozione nei loro confronti dei provvedimenti amministrativi previsti dalla legge, non consentono di ravvisare gli estremi di alcun reato nei fatti portati a conoscenza di questo Ufficio". Detto in altri termini: la mancata previsione di termini e di controlli comporta non già - come sembrerebbe ovvio - che gli "ospiti", ove non trasferiti in centri di identificazione ed espulsione, siano assistiti in condizioni di libertà, bensì la possibilità della loro detenzione di fatto senza limiti di tempo. Con buona pace dell'art. 13, secondo comma, della Costituzione secondo cui "non è ammessa alcuna forma di detenzione né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge". A questa cultura della libertà personale, a dir poco approssimativa, si è

Già questo breve *excursus* sulle diverse tipologie di campi esistenti rende assolutamente condivisibile l'idea per cui "i campi non sono una filiazione del diritto carcerario e, quindi, del diritto comune, ma nascono dallo 'stato di eccezione' e dalla legge marziale": la differenza tra i vari campi che storicamente abbiamo conosciuto, dunque, è meramente quantitativa e non qualitativa⁷⁸⁴. Infatti, la differenza qualitativa non è abissale come potrebbe sembrare a prima vista, se solo si considera l'esistenza e la struttura dei campi moderni alla luce dell'epoca giuridica che viviamo, ossia - almeno apparentemente - quella dell'internazionalizzazione dei diritti umani e della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. D'altronde, con la legislazione razziale l'obiettivo di marginalizzazione dalla vita civile, politica e sociale - che aprì la strada ai campi di sterminio - si raggiunse attraverso lo stesso strumentario amministrativo⁷⁸⁵.

E' solo nel sentire comune che, nel tempo, questi istituti sono apparsi 'naturali'.

Proprio questa normalizzazione dell'uso dei campi è sintomatica di un'indifferenza alla degradazione della dignità umana. E non si sa se la loro parziale "esternalizzazione" fuori dalle frontiere europee - nella prospettiva già delineata di cooperazione con Stati terzi - sia dettata da una riduzione dei costi, o dalla volontà di allontanare dagli sguardi e dalle coscienze queste 'galere senza reati': "In una parola, il lavoro sporco è stato appaltato a chi non deve esibire quotidianamente certificazioni sulla qualità dei propri assetti liberal-democratici"⁷⁸⁶. Il campo - riprendendo l'ottica foucaultiana - diviene strumento di dominazione e di articolazione del potere, esercitato non giuridicamente "alle sue estremità, nelle sue ultime terminazioni, là dove diventa capillare (...) nelle sue forme ed istituzioni più regionali, più locali,

acriticamente adeguata la procura di Roma che ha richiamato in toto le motivazioni degli uffici agrigentini per chiedere a sua volta l'archiviazione dell'esposto, trasmessole dalla procura di Agrigento. Non resta, a questo punto, che aspettare la decisione del giudice per le indagini preliminari. Nella speranza che anche per i migranti ci sia un giudice a Roma!».

⁷⁸⁴ D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri : luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, cit., p. 521 ss.

⁷⁸⁵ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 276.

⁷⁸⁶ D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri : luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, cit., p. 512.

soprattutto là dove, scavalcando le regole di diritto che l'organizzano e lo limitano, si prolunga al di là di esse, si investe in istituzioni, prende corpo in tecniche e si dà strumenti di intervento materiale, eventualmente anche violenti”⁷⁸⁷.

Anche nei campi nostrani gli uomini sono trattati come numeri, come massa indistinta, spazialmente isolata e giuridicamente “subordinata”. La previsione di cui all’art. 14 co.2 t.u., secondo cui “ lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno” appare sostanzialmente non rispettata. In tale contesto, si rivela quanto mai vera l’affermazione per cui “per capire se qualcuno è stato spinto ai margini dell’ordinamento giuridico basta chiedersi se giuridicamente sarebbe avvantaggiato dall’aver commesso un reato comune. Se un piccolo furto con scasso migliora la sua posizione legale, almeno temporaneamente, si può stare sicuri che egli è stato privato dei diritti umani”⁷⁸⁸.

Occorre, pertanto, un’analisi approfondita del regime di trattenimento e dei suoi profili di incompatibilità con il nostro sistema costituzionale.

Il regime normativo del trattenimento è totalmente demandato all’autorità di pubblica sicurezza, ben oltre i casi eccezionali ed urgenti di cui all’art. 13 Cost.; così il costume poliziesco informato alla priorità del risultato prevale su quello giudiziario, ove il rispetto delle garanzie è imprescindibile⁷⁸⁹. E’ il questore, non il giudice, a disporre “ordinariamente” e sulla base di presupposti eccessivamente indeterminati il trattenimento dello straniero e la sua eventuale cessazione anticipata, la cui durata, peraltro, tendenzialmente dipende dall’operato dell’amministrazione, e non dalla condotta o volontà dello straniero. E’ la fonte regolamentare, non la legge, a disciplinare le modalità del trattenimento nei C.I.E. Ancora, sul fronte giurisdizionale, va rilevato che è il questore a scegliere in quale centro lo straniero vada trattenuto, e, quindi, in contrasto con l’art. 25 co. 1 Cost., a determinare il giudice della convalida

⁷⁸⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998, p. 32.

⁷⁸⁸ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, p. 399.

⁷⁸⁹ D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri : luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, cit., p. 515 s.

territorialmente competente, al quale - con ciò determinando dubbi sulla sua imparzialità ed indipendenza - fornisce altresì “il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo”⁷⁹⁰.

Ma anche sulla disciplina legislativa va avanzato più di un dubbio. La possibile durata del trattenimento - legislativamente fissata - appare totalmente sproporzionata⁷⁹¹, senza peraltro, che sia stata neanche calibrata in base ai motivi della detenzione (espulsione quale misura di sicurezza o in virtù di una mera irregolarità amministrativa ecc.)⁷⁹² : peraltro, “se un trattenimento di poche ore o di pochi giorni potrebbe, almeno in astratto, essere considerato uno strumento per consentire l’espulsione, la sua protrazione per mesi - congiunta con la reiterabilità della misura - ne esclude ogni rapporto funzionale con l’allontanamento e lo configura come veicolo di isolamento e come sanzione *tout court*”⁷⁹³; inoltre, per quanto, nell’adattarsi alla direttiva rimpatri, siano

⁷⁹⁰ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 27 ss.

⁷⁹¹ Peraltro, resta fermo quanto ribadito dalla Corte giustizia CE, grande sezione, 30 novembre 2009, n. 357, Kadzoev, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1, p. 149 ss., secondo cui “ai fini di determinare, ai sensi della direttiva 2008/115, il periodo massimo di trattenimento in un centro di permanenza temporanea devono essere presi in considerazione anche i periodi precedenti l’applicazione del regime previsto dalla direttiva, nonché il periodo durante il quale è stata sospesa l’esecuzione di un decreto di accompagnamento coattivo alla frontiera che sia stato impugnato dall’interessato. Non deve, invece, essere considerato a tal fine il periodo durante il quale una persona è stata collocata in un centro di permanenza temporanea durante l’esame della sua domanda di asilo. La possibilità di prorogare il trattenimento prevista dalla direttiva può trovare applicazione solo se la durata massima del trattenimento non è stata superata. Il trattenimento può essere mantenuto soltanto per il tempo necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio, purché sia necessario ad assicurare che l’allontanamento sia eseguito. In ogni caso, il trattenimento non è più giustificato qualora non esista una ‘prospettiva ragionevole di allontanamento’ ai sensi dell’art. 15, par. 4, della direttiva 2008/115/Ce; siffatta prospettiva non sussiste allorché risulta poco probabile che, considerando i termini massimi di trattenimento fissati dall’art. 15, par. 5 e 6, della direttiva, l’interessato possa essere accolto in un Paese terzo. La direttiva non consente in nessun caso il superamento del periodo massimo di trattenimento stabilito nel suo art. 15. Il trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115. Pertanto, la direttiva non consente il trattenimento del cittadino di uno Stato terzo per il fatto che egli non è in possesso di documenti validi, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza né di un alloggio”.

⁷⁹² M. MALENA, *Allontanamento dello straniero e libertà fondamentali : profili costituzionali*, cit., p. 308.

⁷⁹³ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 11.

state previste - come già anticipato - delle alternative al trattenimento⁷⁹⁴, esse appaiono discriminatoriamente selettive e comunque eccessivamente restrittive. A ciò, secondo taluni Autori, hanno contribuito anche le ultime vicende europee, che inducono ad evitare visioni fideisticamente ottimistiche circa il sistema giuridico dell'Ue : i giudici di Lussemburgo, infatti, - come emerge dalle sentenze *El Dridi*, *Achughbabian*, *Sagor* - non hanno evidenziato l'illegittimità del ricorso allo strumento penale, ma solo la sua inadeguatezza nell'assicurare effettività al sistema delle espulsioni, che restano il cardine della politica europea di governo dell'immigrazione. Peraltro, a conferma di ciò, viene osservato che proprio la direttiva rimpatri ha agevolato un massiccio ricorso all'internamento nei C.I.E., in ragione della forte dilatazione dei possibili tempi di permanenza⁷⁹⁵.

Secondo taluni Autori “fino ad ora, la giurisprudenza costituzionale è stata largamente assolutoria nei confronti di tale regime” ritenendo che “il giudizio di convalida garantisce il contraddittorio, soddisfa il principio del giusto processo, permette una verifica circa i presupposti del trattenimento e dei suoi prodromi. Nel centro sono garantiti, fin dall'inizio del trattenimento, le visite, i contatti con il difensore di fiducia, la libertà di scrivere e telefonare, la

⁷⁹⁴ Ai sensi dell'art. 14 co. 1 *bis* t.u., “nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c) del presente testo unico, o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Le misure di cui al primo periodo sono adottate con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, disposta ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore. Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace. Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Qualora non sia possibile l'accompagnamento immediato alla frontiera, con le modalità di cui all'articolo 13, comma 3, il questore provvede ai sensi dei commi 1 o 5-*bis* del presente articolo”.

⁷⁹⁵ C. RENOLDI, *Gli stranieri, l'espulsione, il diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2011, 2, p. 211.

nomina di un difensore d'ufficio, l'acquisizione di informazioni utili alla difesa (al più tardi) in udienza. I termini di durata complessivi del trattenimento appaiono congrui, anche in ragione della loro possibile cessazione anticipata qualora la misura della reclusione nel centro non sia più necessaria»⁷⁹⁶.

Ma le cose non stanno così, e non sono mai state così. Anzi, attualmente, la situazione sembra in fase di ulteriore degenerazione: «Il nuovo meccanismo di proroghe oggi introdotto, obbliga a rivedere sotto diversa luce anche gli effetti che l'intervento del giudice viene ad avere in forza di impropri automatismi legislativi. La sua convalida, intervenendo entro le prime 96 ore, non legittima soltanto il trattenimento pregresso, ma ne giustifica la prosecuzione fino al trentesimo giorno: eppure la convalida giurisdizionale (ex art. 13, comma 3, Cost.) dovrebbe riferirsi esclusivamente “alle restrizioni della libertà personale già effettuate”, non potendo in alcun modo “operare per il futuro”»⁷⁹⁷.

In ogni caso, irrimediabili sembrano le frizioni con i principi costituzionali.

Infatti, anche la detenzione “amministrativa”, così come ogni “altra” forma di restrizione della libertà personale, è presidiata dall'art. 13, comma 2, Cost. L'incidenza sulla libertà personale di questa misura è resa palese dalle numerose restrizioni previste dal d.p.r. n. 394/1999, su tutte l'art. 20 co. 3, secondo cui all'atto dell'ingresso nel centro lo straniero viene informato che in caso di indebito allontanamento la misura del trattenimento sarà ripristinata con l'ausilio della forza pubblica⁷⁹⁸.

Dunque, per valutare la sussistenza di una violazione dell'art. 13 Cost. bisogna verificare se, in relazione a tale restrizione, siano in astratto ed in generale determinati per legge i “casi” e i “modi”, ove per “modi” della restrizione, nel caso specifico, non si intende semplicemente il fatto che il

⁷⁹⁶ Riporta criticamente queste posizioni, A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 27.

⁷⁹⁷ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 27 s.

⁷⁹⁸ Sul punto, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 259, che, peraltro, si chiede cosa accada se lo straniero si allontani indebitamente dal centro, ossia se sia applicabile l'art. 650 c.p.

trattenimento nel centro sia coattivo - con la conseguenza che la chiusura nel centro e l'impossibilità di uscire in assenza di provvedimenti autorizzativi, pena l'attivazione delle procedure repressive di ordine pubblico, sarebbero indicazioni sufficienti a soddisfare la prescrizione costituzionale - ma l'indicazione legislativa di requisiti modali ulteriori; come, d'altro canto, fa la legge 26 luglio 1975 n. 354 (ordinamento penitenziario) quando stabilisce le condizioni generali del trattamento penitenziario (relativamente alle caratteristiche edilizie, al vestiario e corredo dei detenuti, alle situazioni igieniche, all'alimentazione, al servizio sanitario, alle visite e ai colloqui ecc.)⁷⁹⁹. Un primo rinvio problematico - sia per quanto concerne la definizione dei modi, che dei casi - ad una fonte secondaria (decreto ministeriale) si rinviene nell'art. 14 co. 1 t.u., che, nell'ultima parte, designa come C.I.E. "quelli individuati o costituiti con decreto del Ministero dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze" (e va notato che con la modifica del 2011 è scomparso il riferimento al Ministri per la solidarietà sociale) : infatti, «la legge non s'incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezionalità del ministero nell'individuare centri già esistenti come "strutture immobiliari" (evidentemente per altri fini) o costituirne di nuovi. Ad esempio, non si prescrive che debbano essere individuati centri che abbiano determinate caratteristiche, o non abbiano determinati vizi»⁸⁰⁰. Ancora, il t.u. non contiene

⁷⁹⁹ Così, A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 Maggio 2012, p. 10 ss. Secondo l'Autore, «circa i "casi", si può con buona approssimazione assumere che essi implicino una definizione tassativa delle situazioni suscettibili di innescare l'uso del potere coercitivo. L'insieme di queste situazioni legittimanti deve esser previsto dalla legge, nel senso che, di volta in volta, laddove il legislatore ritenga che il pubblico potere debba intervenire nei predetti termini, dovrà contemplare quella specifica eventualità con una disposizione di rango primario. Molto più complessa è l'esegesi dei "modi". La costruzione sintattica della proposizione costituzionale è al riguardo poco eloquente e si presta a fondate ambiguità; si può infatti intendere che per legge debbano esser definiti i modi di incisione della libertà (ossia i presupposti e le condizioni cui si perviene a restringere la libertà di qualcuno), oppure i modi in cui la restrizione è eseguita nel suo sviluppo temporale, ossia i modi in cui questa coazione è mantenuta (se non fosse mantenuta con uno sforzo attivo da parte dell'autorità, essa cesserebbe di esistere : per il presupposto innegabile che contro di essa opera, incessantemente, il diritto inviolabile o, più prosaicamente, la volontà contraria del soggetto)».

⁸⁰⁰ A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, cit., p. 3. L'Autore rileva che il problema è nient'affatto teorico e ricorda la vicenda che ha interessato il C.I.E. temporaneo di Palazzo San Gervasio in Basilicata, dove un'area utilizzata come riparo dai raccoglitori di

sostanzialmente nessuna prescrizione circa le modalità del trattenimento nei C.I.E., salva l'indicazione che deve trattarsi di modalità tali da assicurare assistenza e pieno rispetto della dignità; che "è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno" (art. 14, co. 2 t.u.) e che "ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario" o comunque in una delle lingue veicolari (art. 2, co. 6 t.u.). Correttamente, è stato rilevato che "si deve escludere che il riferimento alla traduzione degli atti sia rilevante o comunque sufficiente ai fini della definizione delle modalità di restrizione della libertà personale; così come si deve escludere la sufficienza della garanzia della libertà di corrispondenza (che è un aspetto, ma non si identifica con la libertà personale, della cui dimensione complessiva si interessa l'art. 13, co. 2, Cost.)", e, nonostante il Regolamento di attuazione del t.u. (artt. da 20 a 23 del D.P.R. 31.8.1999 n. 394) - come anticipato - contenga alcune prescrizioni in materia di modalità di trattenimento e funzionamento dei Centri, va sottolineato che esso non è una legge e che comunque le disposizioni di cui si discute paiono del tutto insufficienti⁸⁰¹. Ad esempio, particolarmente problematico appare l'art. 21 co. 8, d.p.r. n. 394/1999 «che con una delega di secondo livello devolve integralmente all'autorità amministrativa (prefetto, sentito il questore) l'adozione delle "misure occorrenti per la regolare convivenza all'interno del centro ... nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite", e ciò "in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal ministro dell'interno". Né si può dire che il Regolamento predisponga almeno direttive di carattere generale, perché: (a) o tali direttive si esauriscono nella ripetizione di enunciazioni generali quali la tutela dei diritti fondamentali della persona, che

pomodori e chiusa perché inagibile per ragioni sanitarie è stata riconvertita e destinata nel giro, sembra, di un paio di settimane appunto a C.I.E., sia pure temporaneamente, nel contesto di una situazione dichiarata di "emergenza".

⁸⁰¹ A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, cit., p. 4 s.

comunque si atteggiano a direttive teleologiche e non imperativi modali, come richiede invece l'art. 13 Cost.; oppure (b) proprio per la diversità delle strutture logistiche, si tratta di direttive diverse da centro a centro, il che – se può essere pragmaticamente comprensibile – equivale però ad osservare che misure pur intese come concretizzazione dei diritti fondamentali possano esser diverse da prefettura a prefettura, dunque da centro a centro (si pensi alla disciplina delle visite, o del tipo di vestiario conferito, oppure alle misure che il questore può prendere “per impedire l'indebito allontanamento delle persone trattenute”)⁸⁰². Ancor meno rassicura l'esistenza di convenzioni apposite stipulate con gli enti gestori relativamente agli aspetti di gestione ordinaria dei centri stessi (art. 22 D.P.R. n. 394/1999)⁸⁰³.

Inoltre, è stato condivisibilmente rilevato che la carenza di disciplina incide direttamente sul rispetto del principio di uguaglianza ed indirettamente sul principio democratico, poiché aspetti assai rilevanti delle modalità di trattenimento dipendono da provvedimenti potenzialmente non omogenei delle Prefetture o a regolamenti non uniformi per tutti i Centri. In particolare, emergerebbe una lesione del principio democratico (art. 1 Cost.), perché ciò genererebbe “un'area di segretazione impropria (arbitraria) o un ambito di notizie riservate di cui è difficile comprendere la congruenza con la disciplina generale del segreto di Stato e delle notizie la cui divulgazione sia vietata specificamente dalla autorità amministrativa”⁸⁰⁴.

Dunque, si fa bene a dire che “la conclusione è obbligata. Il principio di riserva di legge è radicalmente compromesso dalla disciplina legislativa del trattenimento nella parte in cui, oltre ai casi, non disciplina i modi di incisione della libertà personale, diritto inviolabile di ogni uomo”⁸⁰⁵.

La privazione della libertà personale attraverso il trattenimento nei C.I.E. appare illegittima per ulteriori ragioni.

Una privazione della libertà personale può essere stabilita o quale pena - ma, allora, solo nel rispetto dei principi del diritto penale, primo tra tutti quello per cui si può essere puniti solo per un fatto offensivo di beni giuridici -

⁸⁰² A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, cit., p. 6.

⁸⁰³ A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, cit., p. 7.

⁸⁰⁴ A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, cit., p. 7.

⁸⁰⁵ A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, cit., p. 14.

oppure quale misura cautelare in un procedimento penale; in tale ultima ipotesi, siffatta misura, oltre a dover rappresentare l'*extrema ratio*, è applicabile solo se sussistano esigenze cautelari, se sia proporzionata rispetto alla sanzione penale prevista per il fatto per cui si procede e se siano rispettati limiti edittali minimi legislativamente fissati. La privazione della libertà nei C.I.E., invece, è assolutamente sproporzionata rispetto alla sanzione amministrativa dell'espulsione⁸⁰⁶.

Ciò rende evidente che la detenzione amministrativa rappresenta una misura paradigmatica del diritto speciale del migrante irregolare, una misura che fa leva sulla dimensione non penalistica solo per neutralizzare le garanzie sostanziali e procedurali proprie del sistema penale. Essa non si prospetta come l'*extrema ratio*, ma come regola di un assetto normativo al cui interno la coercizione della libertà personale dello straniero tende a svincolarsi dal riferimento a condotte connotate dall'ordinamento in termini di offensività, per legarsi alla condizione individuale del migrante⁸⁰⁷, senza tendere ad una finalità rieducativa.

⁸⁰⁶ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 6. Cfr. pure A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione : interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 1, p. 60 s., il quale rileva altresì l'inassimilabilità della detenzione amministrativa - quanto ad intensità della compressione del bene - alle misure di prevenzione. D'altro canto, la Consulta sembra escludere che la privazione della libertà personale possa avvenire in ambiti diversi dal processo penale e sottolinea con forza il collegamento tra il fatto-reato oggetto del procedimento penale e l'accertamento dell'esigenza di prevenzione sociale. L'Autore ritiene che sia ancor più netta la ricostruzione della Corte Costituzionale relativamente al rapporto tra esigenza di difesa sociale e coercizione personale : solo la tutela della collettività dal pericolo di commissione di gravi reati può giustificare misure che comportino la privazione della libertà personale. La detenzione amministrativa pare invece svincolata da tale finalità, che, ad ogni modo, nell'ottica della funzione di integrazione sociale della pena, pare di dubbia compatibilità costituzionale.

⁸⁰⁷ Così A. CAPUTO, *Immigrazione e politiche del diritto dal testo unico del 1998 ai recenti interventi sulla sicurezza*, in *Libro Bianco sul razzismo in Italia*, Roma, 2009, p. 65.

2. Lo straniero e l'espulsione

L'espulsione, che nelle sue varie forme “riecheggia la premoderna pena del bando”⁸⁰⁸, ha rappresentato il rimedio contro la clandestinità, anche - anzi soprattutto - in assenza di fenomeni criminali⁸⁰⁹.

I provvedimenti di espulsione, tendenzialmente, determinano tre effetti tipici : l'obbligo di abbandonare lo Stato, il divieto di reingresso e la segnalazione al SIS⁸¹⁰.

La scelta dello strumento espulsivo, volta a proteggere i confini nazionali dagli ‘alieni’, in realtà - come vedremo - si dimostra non solo costituzionalmente incompatibile, ma anche inefficace.

Non pare accettabile senza riserve l'idea per cui “gli stranieri godono sul territorio della Repubblica di una tutela meno intensa di quella riconosciuta ai cittadini, né hanno di regola un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno nello Stato. Pertanto le relative libertà ben possono essere limitate a tutela di particolari interessi pubblici, quale quello attinente alla sicurezza intesa come ordinato vivere civile”⁸¹¹.

L'accompagnamento coattivo, il trattenimento nei C.I.E., l'espulsione ed il respingimento, la “menomazione o mortificazione della sfera morale della persona, che si verifica quando questa sia totalmente assoggettata all'altrui potere”⁸¹², nonché la rottura dei rapporti sociali e professionali sviluppati in Italia rappresentano tutte violazioni della dignità personale dello straniero. Solo in taluni casi, ossia nelle ipotesi di accompagnamento coattivo e di trattenimento nei C.I.E., si configura altresì pacificamente una lesione della libertà personale; ciò, come anticipato nel primo capitolo, fintanto che non intervenga una riforma costituzionale, che riconosca alla libertà di circolazione

⁸⁰⁸ A. CAVALIERE, *L'influenza sull'ordinamento italiano del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali*, cit., p. 246.

⁸⁰⁹ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 364 s.

⁸¹⁰ M. MALENA, *Allontanamento dello straniero e libertà fondamentali : profili costituzionali*, cit., p. 276.

⁸¹¹ Corte Cost., 10 dicembre 1987, n. 503, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, p. 918 ss.

⁸¹² M. MALENA, *Allontanamento dello straniero e libertà fondamentali : profili costituzionali*, cit., p. 277.

la stessa dignità della libertà personale, in quanto sua estensione essenziale, e di conseguenza alle misure limitative della libertà di cui all'art. 16 Cost. la stessa natura e gli stessi limiti delle misure di cui all'art.13 Cost.

D'altro canto, tale assunto è confermato dalla stessa Consulta. Essa, con la sent. n. 105 del 2001, ha affermato che non solo il trattenimento nei C.I.E. (allora C.P.T.A.), ma anche l'accompagnamento coattivo alla frontiera “inerisce alla materia regolata dall'articolo 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione” e che non “potrebbe dirsi che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”⁸¹³. Peraltro, quanto

⁸¹³Corte Cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2 ss. Sulla sentenza, R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione : La Corte Costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it.*, 2001, I, cc. 2706-2707. Dunque, la Corte ribadisce che l'accompagnamento coattivo alla frontiera inerisce alla materia regolata dall'articolo 13 della Costituzione poiché si tratta di una restrizione della libertà personale, a differenza delle misure che obbligano, senza coercizione fisica, a lasciare il territorio e che incidono solo sulla libertà di circolazione; ancora, la permanenza presso i c.p.t.a. è evidentemente una misura forzosa, caratterizzata dall'assoluto divieto per lo straniero di allontanarsi dal centro e dalla previsione del potere del questore di ripristinare la misura del trattenimento, con l'ausilio della forza pubblica, in caso di indebito allontanamento. Pur non facendo riferimento all'amministrazione penitenziaria, ma a quella del Ministero dell'interno, tali strutture comportano una forma di detenzione amministrativa: essa dovrebbe ricadere, dunque, sotto il disposto dell'articolo 13 co. 2 Cost. ed essere fondata su un atto motivato dell'autorità giudiziaria, che non si esaurisca nella mera convalida dell'operato dell'autorità di pubblica sicurezza, ma si sostanzi anche in un potere di determinazione dell'ulteriore permanenza nei c.p.t.a.; infine, si sottolinea il carattere pieno del controllo giurisdizionale *ex art. 13 Cost.*, che non si deve svuotare in un riscontro meramente esteriore. La Corte ritiene, altresì, anche in assenza di una espressa previsione in tal senso, indubitabile che, nell'ipotesi in cui il giudice ritenga insussistenti o non congruamente motivate le ragioni per le quali l'autorità di polizia non si sia limitata ad adottare un provvedimento di espulsione con intimazione, ma abbia disposto l'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, il

al giudizio di non irragionevolezza espresso nella sentenza n. 105/2001 sulla durata della detenzione amministrativa, esso si riferiva ad un trattenimento di una durata assolutamente blanda rispetto a quella attuale, e dunque bisognerebbe comunque chiedersi se quella pronuncia sarebbe confermata oggi.

Ancora, la stessa Consulta con la sent. n. 222/2004 - cui si è conformato il d. l. n. 241/2004 - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 co. 5 *bis* t.u., nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida dovesse svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa : "Premesso che l'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica investe la libertà personale ed è quindi misura assistita dalle garanzie previste dall'art. 13 Cost. al pari del trattenimento, il procedimento regolato dall'art. 13 comma 5 *bis* viola la garanzia contenuta nel comma 3 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, giacché il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria e lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale e senza che nel relativo procedimento sia previsto che lo straniero debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore, il che comporta che, insieme alla libertà personale, è violato anche il diritto di difesa dello straniero"⁸¹⁴. Quindi, con la l. n. 271/2004 (di conversione, con modificazioni, del d. l. n. 241/2004), il legislatore, in conformità all'art. 13 Cost., ha previsto che l'esecuzione del provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera - così come per il trattenimento in un C.I.E. - fosse preceduto da un controllo giurisdizionale del giudice di pace sulla correttezza dell'attività

diniego di convalida travolgerebbe, insieme al trattenimento, anche la misura dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. E, tuttavia, come rileva il Romboli, la Corte, invece di esprimersi con una sentenza interpretativa di rigetto, avrebbe potuto optare per una sentenza additiva di accoglimento.

⁸¹⁴ Corte Cost., 15 luglio 2004, n. 222, in *Giur. cost.*, 2004, 4, p. 2340 ss.

amministrativa espresso entro ventiquattro ore dal ricevimento della relativa documentazione⁸¹⁵.

Nonostante ciò, continuano opportunamente ad essere sollevate perplessità, in quanto, ad esempio, l' art. 13, comma 5-*bis* t.u. stabilisce che al giudice di pace vada trasmesso solo il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera, e null'altro, “nemmeno il decreto prefettizio di espulsione che pure ne rappresenta il necessario prodromo. In ragione di ciò, salvo che il difensore in udienza non rimedi autonomamente all'omessa informazione, la verifica dell'organo giurisdizionale circa i presupposti dell'atto coercitivo non può che fermarsi ad aspetti meramente formali”⁸¹⁶. Inoltre, dubbi sussistono anche sulle concrete modalità di svolgimento del giudizio di convalida «a cominciare dalla individuazione dell'autorità giurisdizionale competente per territorio, che sarà l'ufficio del giudice di pace del capoluogo di provincia dove ha sede la prefettura che ha ordinato l'espulsione, se “il procedimento [può] essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento”. Oppure, in caso contrario, sarà quello del luogo ove ha sede il C.I.E. E poiché a disporre o meno il trattenimento è il questore, è lui a risolvere discrezionalmente l'alternativa. Di più: sono le questure a fornire al giudice di pace “il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo”. E poiché il provvedimento di accompagnamento coattivo *sub iudice* viene disposto dal questore, la partita della sua convalida non si gioca in campo neutro ma in casa di una delle parti in causa. E' una duplice enormità: c'è qualcuno che seriamente si sentirebbe garantito da regole simili?»⁸¹⁷.

Nelle ipotesi di espulsione conseguente alla commissione di un reato, oltre all'art. 13 Cost., è violato altresì l'art. 27 co. 3 Cost. E' evidente che i percorsi di risocializzazione di cui si discute debbano percorrere solchi peculiari : ciò in ragione della lingua e della cultura diversa, della difficile

⁸¹⁵ P. POMPONIO, *Espulsione amministrativa e modalità di esecuzione del provvedimento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 8- All.1, p. 47.

⁸¹⁶ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 25.

⁸¹⁷ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 24 ss.

conoscenza dei contesti di provenienza, dalla precarietà della situazione extramuraria, dell'assenza di familiari nel nostro Paese ecc.⁸¹⁸ E, tuttavia, tale difficoltà non corrisponde ad un'impossibilità, mentre la misura espulsiva determina una negazione o frustrazione della funzione rieducativa della pena.

Peraltro, ai sensi dell'art. 13 co. 12 t.u., lo straniero espulso è rinvio allo Stato di appartenenza, ovvero, quando ciò non sia possibile, allo Stato di provenienza, con forti rischi di frustrazione della finalità dell'art. 10 co. 3 Cost.

Neanche le modifiche apportate dal d.l. n. 89/2011 che - come anticipato - introducono all'art. 13 co. 5 t.u. la possibilità di "partenza volontaria", eliminano il riferimento in termini assoluti (ossia il "sempre") alla modalità di accompagnamento coattivo ed introducono il termine di sette giorni in caso di ordine di allontanamento *ex art. 14 co. 5 bis* ecc. sembrano aver mutato il quadro da tenere in considerazione. Infatti, la non automaticità del regime della partenza volontaria, la difficoltà di dimostrare la disponibilità di risorse economiche richieste dall'art. 13 co. 5.2, l'ampiezza della casistica in relazione a cui è adottabile l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, fanno credere che la modifica sia più apparente che reale e che poco sia effettivamente cambiato rispetto al sistema previgente. Ancora, in giurisprudenza, si è affermato che «il tentativo della autorità amministrativa di conformare il diritto interno in materia di esecuzione del provvedimento espulsivo al contenuto dell'art. 7 dir. 2008/115/CE, motivando la mancata concessione del termine per la partenza volontaria sulla base della sussistenza di un rischio di fuga, non fa venir meno l'illegittimità dell'ordine di allontanamento per contrasto con la normativa comunitaria, posto che l'art. 3 § 1 n. 7 della direttiva dispone che il rischio di fuga vada accertato sulla base di "criteri obiettivi definiti dalla legge", e di conseguenza sino a quando il legislatore interno non avrà provveduto ad indicare tali criteri l'allegazione del rischio di fuga da parte dell'autorità amministrativa non potrà ritenersi conforme a quanto richiesto dalla direttiva»⁸¹⁹.

La truffa delle etichette resta manifesta : lo strumentario amministrativo di contrasto all'immigrazione irregolare - dal respingimento al trattenimento

⁸¹⁸ Sul punto, ampiamente, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 361.

⁸¹⁹ Trib. Torino, 28 febbraio 2011, su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

nei C.I.E. - comprende misure fortemente afflittive, che hanno natura sostanzialmente penale, senza che ai soggetti che ne sono colpiti siano riconosciute le garanzie adeguate. Con ciò - si badi - non si intende dire che queste misure dovrebbero essere positivizzate in ambito penalistico, anche perché la maggior parte di esse è applicata in mancanza di un reato e senza alcuna connessione con esso, bensì si vuole solo evidenziare un'irrimediabile contraddizione.

2.1 L'espulsione come misura amministrativa e i respingimenti

L'art. 13 t.u. disciplina l'espulsione amministrativa, disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico, ovvero dal Prefetto.

Quest'ultimo adotta il menzionato provvedimento in tre casi previsti dall'art. 13 co. 2 : ingresso dello straniero nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera senza essere stato respinto ai sensi dell'art. 10 t.u.; permanenza nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'art. 27 comma 1 *bis* t.u., o senza aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato⁸²⁰, oppure sia

⁸²⁰ Per i casi di diniego di rilascio o di rinnovo, M. ASPRONE, S. MARTINI, *L'espulsione dello straniero per la sicurezza dello Stato: excursus tra le pronunce più recenti*, in *Nuova rass. legisl., dottr. giurispr.*, 2009, 13-14, p. 1538 ss. Gli Autori, tra l'altro, segnalano le seguenti pronunce : T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 10 febbraio 2009, n. 326, ove è considerata automaticamente ostativa la condanna riportata in materia di stupefacenti; T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 31 marzo 2007, n. 1038, ove è affermato che la condanna, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta *ex art.* 444 c.p.p., per i reati elencati nell'art. 380 co. 1 e 2 c.p.p., è elemento assolutamente ostativo al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno, alla luce dell' art. 5 co. 5 t. u., norma che pone sullo stesso piano l'ipotesi del rilascio e quella del rinnovo del permesso; T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 2 aprile 2009, n. 1064, secondo cui il soggetto destinatario di un provvedimento di espulsione valido ed efficace, perché non impugnato e/o non revocato, non può soggiornare in Italia e, pertanto, se si trova nella condizione di permanenza irregolare nel nostro territorio, non ha titolo al rilascio del permesso di soggiorno, ovvero al rinnovo dello stesso. Ancora, v. M. ASPRONE - S. MARTINI, *Il fenomeno dell'immigrazione e l'espulsione dello straniero*, in *Nuova rass. legisl., dottr. giurispr.*, 2009, 21, p. 2292 s. Gli Autori, richiamandosi - seppur con prudenza - al *leit motiv* per cui all'entrata di stranieri è corrisposto un aumento della criminalità,

scaduto da più di sessanta giorni e non ne sia stato chiesto il rinnovo; pericolosità sociale dell'individuo, in virtù della sua appartenenza a taluna delle categorie indicate nell'art. 1 l. 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'art. 2 l. 3 agosto 1988, n. 327, o nell'art. 1 l. 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'art. 13 l. 13 settembre 1982, n. 646⁸²¹ (v. ora gli artt. 1 e 4 d. lgs. n. 159/2011, codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione). In queste ipotesi, l'applicazione del provvedimento espulsivo sembrerebbe "automatica" e specifica⁸²², ed il margine di discrezionalità per il prefetto sembrerebbe ampliarsi solo laddove debba rinvenirsi la sussistenza della forza maggiore⁸²³. Una maggiore discrezionalità, invece, si registrerebbe nella procedura di espulsione *ex art. 5 co. 7*⁸²⁴, ove il "può" è indice della sua natura facoltativa⁸²⁵.

Tuttavia, la Consulta ha giudicato ammissibile anche l'automaticità, in quanto a suo dire "quello che il giudice rimettente chiama automatismo

affermano che "per questo motivo si richiede innanzitutto ai fini della permanenza in Italia la dimostrazione da parte degli interessati di avere una autonomia economica e di essere rispettosi delle nostre leggi, richieste senza alcun dubbio sensate per una maggiore sicurezza interna ma anche per una loro serenità" : un ordine di idee che evidentemente asseconda le pulsioni securitarie collettive.

⁸²¹ F. DE IORIO, *Lo straniero sfuggito ai controlli di frontiera, cui sia stato intimato di allontanarsi, non commette reato se le procedure amministrative seguite non sono conformi a legge*, in *Giur. Mer.*, 2010, 10, p. 2522 ss.

⁸²²C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 117 : "Mentre l'espulsione di fonte ministeriale è disposta per motivi di carattere generale ed ha natura ampiamente discrezionale, diversamente quella disposta dal prefetto, specificamente regolata, riguarda casi particolari".

⁸²³ Per una valutazione estremamente puntuale e circostanziata, con ampi riferimenti altresì alle pronunce relative al concetto di 'forza maggiore', L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 93 ss.

⁸²⁴ Se ne riporta il testo per comodità del lettore : "Gli stranieri muniti del permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dall'autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, valido per il soggiorno in Italia sono tenuti a dichiarare la loro presenza al questore con le modalità e nei termini di cui al comma 2. Agli stessi è rilasciata idonea ricevuta della dichiarazione di soggiorno. Ai contravventori si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 103 a euro 309. Qualora la dichiarazione non venga resa entro 60 giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato può essere disposta l'espulsione amministrativa".

⁸²⁵ L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 100.

espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità, che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa⁸²⁶.

L'espulsione qui colpisce - in una logica scalare - chi entra illegalmente nel territorio, chi diviene irregolare e chi, pur regolare, è ritenuto pericoloso.

Per quanto riguarda, in particolare, l'espulsione delle categorie di soggetti pericolosi cui risulterebbe applicabile una misura di prevenzione, evidenti sono le differenze con la relativa disciplina che già di per sé risulta notoriamente problematica sul piano delle garanzie : qui manca il contraddittorio nella fase istruttoria e decisoria; non si ritiene applicabile l'art. 3 d. lgs. n. 159/2011 che prevede l'avviso orale da parte del questore; il potere di espulsione è attribuito al prefetto e non ad un organo giurisdizionale, il cui controllo può essere attivato solo dopo l'adozione dell'atto e su impulso dello straniero⁸²⁷. A ciò, va aggiunto il generale ed antico problema legato alla verifica della pericolosità sociale, in chiave oggettiva ed attuale.

Altre ipotesi di espulsione prefettizia sono rinvenibili nell'art. 26 co. 7 *bis* t.u., in caso di condanna con sentenza irrevocabile per alcuno dei reati previsti dalle disposizioni di cui al Titolo III, Capo III, Sez. II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, relativi alla tutela del diritto di autore, e dagli artt. 473 e 474 c.p.; nell'art. 30 co. 1 *bis* T. u. imm., relativo al permesso di soggiorno per motivi familiari, se al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza, salvo che dal matrimonio sia nata prole, o è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato; infine, nell'art. 3 d.l. n. 144/2005, conv. con modif. in l. n. 155/2005, per motivi di prevenzione del terrorismo, su delega ministeriale (una misura di mero sospetto, gravemente problematica sul piano dei principi costituzionali⁸²⁸). Con il pacchetto sicurezza 2009 è stata altresì introdotta l'espulsione dello straniero

⁸²⁶ Corte Cost., 3 maggio 2002, n. 146, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1270 ss.

⁸²⁷ L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 102 ss.

⁸²⁸ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 215 s.

che abbia perduto i crediti relativi all'accordo di integrazione da lui sottoscritto.

Inoltre, va osservato che all'art. 9 co. 10 t.u., è prevista l'espulsione nei confronti del titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, che può essere disposta: a) per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato; b) nei casi di cui al già citato art. 3 co. 1 d.l. 27 luglio 2005, n. 144 c) quando lo straniero appartiene ad una delle categorie indicate all'art. 1 l. n. 1423/1956, ovvero all'art. 1 l. n. 575/1965 - ora artt. 1 e 4 d. lgs. n. 159/2011 - sempre che sia stata applicata, anche in via cautelare, una delle misure di cui all'articolo 14 della l. n. 55/1990.

Per quanto riguarda i casi di espulsione mediante intimazione del questore, questi sono rinvenibili nell'art. 14 co. 5 *bis* t.u. : secondo taluni Autori, tendenzialmente, “la scelta del legislatore, che ha mostrato di nutrire una fiducia maggiore nei confronti dello straniero entrato regolarmente in Italia ma che, successivamente, ha perso il diritto a soggiornarvi, ha un suo fondamento logico; infatti, ogni straniero che entra regolarmente sul territorio nazionale, appena chiede il permesso di soggiorno, è soggetto ai rilievi fotodattiloscopici. Pertanto, qualora egli diventi irregolare e si renda inottemperante all'espulsione mediante intimazione a quindici giorni, potrà essere rimpatriato con maggiore facilità. Alla sua impronta digitale, infatti, è associata la copia del passaporto, esibito contestualmente alla richiesta del titolo di soggiorno; la sua reale identità, quindi, risulterà dalla documentazione presente al suo fascicolo. Andrà poi acquisito, dalla competente autorità diplomatica, il documento per eseguire il rimpatrio”⁸²⁹.

L'espulsione ministeriale *ex art.* 13 co. 1 t.u. è ampiamente discrezionale, e i suoi presupposti sono gravemente indeterminati, come dimostra - esemplificativamente - l'art. 159 co. 2 d. lgs. n. 112/1998, secondo cui le funzioni ed i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica di cui all'articolo 1, comma 3, lettera l), della legge 15 marzo 1997, n. 59, concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici

⁸²⁹ P. POMPONIO, *Espulsione amministrativa e modalità di esecuzione del provvedimento*, cit., p. 47.

fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni⁸³⁰.

Ma, sicuramente, vi sono due ipotesi che più di tutte risultano problematiche in relazione a tutele e garanzie.

Innanzitutto, nell'ipotesi di espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, *ex art. 13 co. 1 t.u.*, è evidente la riduzione della tutela giurisdizionale a mero controllo formale di legittimità sull'operato dell'amministrazione: "E' una metamorfosi incoerente con il concetto sostanziale che la Costituzione assume del controllo giurisdizionale su provvedimenti limitativi in materia di libertà: un sindacato nel merito, obbligatorio, condizionante l'operatività della misura amministrativa coercitiva. Lo schema cui si ispira il testo unico sull'immigrazione è, invece, esattamente capovolto. Guardiamo all'espulsione ministeriale. L'instaurazione di un controllo giurisdizionale solo in presenza di un ricorso rende eventuale l'intervento del giudice. L'indeterminatezza dei presupposti legislativi trasforma il momento della tutela giurisdizionale a ben poca cosa, mentre l'ampia discrezionalità di cui gode il Ministro andrebbe compensata con uno scrutinio stretto sui motivi posti alla base del suo provvedimento espulsivo. Il controllo giurisdizionale su un decreto ministeriale immediatamente esecutivo interviene - se e quando interviene - a cose fatte, impotente a rimediare all'irreversibilità degli effetti negativi già subiti dallo straniero espulso. Così ingabbiata la tutela giurisdizionale, il bilanciamento tra le ragioni che spingono ad assicurare l'allontanamento dello straniero (ritenuto) pericoloso e i diritti di cui pure egli è formalmente titolare si risolve in un gioco a somma zero, interamente a favore di esigenze securitarie che tutto fagocitano"⁸³¹.

⁸³⁰ In tal senso, L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 88.

⁸³¹ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 22 s.

Dunque, appare discutibile la natura dell'espulsione *ex art. 13 co. 1 t.u.*, fondata su “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato” e quindi sul sospetto di condotte punibili o ad esse prodromiche⁸³².

Un'altra ipotesi di espulsione ministeriale molto problematica è quella, già citata, prevista dall'art. 3 d.l. n. 144/2005. Tale disciplina, introdotta in seguito agli attentati che colpirono in quel periodo la città di Londra, sull'onda dell'emergenza “terrorismo internazionale”, risulta fortemente in contrasto con le garanzie costituzionali. Ai sensi di tale disposizione, “oltre a quanto previsto dagli articoli 9, comma 5, e 13, comma 1, del decreto legislativo n. 286 del 1998 il Ministro dell'interno o, su sua delega, il prefetto può disporre l'espulsione dello straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152⁸³³, o nei cui confronti vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali⁸³⁴. Nei casi di cui al comma 1, l'espulsione è eseguita immediatamente, salvo che si tratti di persona detenuta, anche in deroga alle disposizioni del comma 3 dell'articolo 13 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, concernenti l'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale e di quelle di cui al comma 5-*bis* del medesimo articolo 13⁸³⁵. Ugualmente si procede nei casi di espulsione di cui al comma 1 dell'articolo 13 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (...). Contro i decreti di espulsione di cui al comma 1 è ammesso ricorso al tribunale amministrativo competente per territorio. Il ricorso giurisdizionale in nessun caso può sospendere l'esecuzione del provvedimento. Nei confronti dei provvedimenti di espulsione, di cui al comma 1, adottati dal Ministro

⁸³² A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 5.

⁸³³ V. ora d. lgs. 159/2011, il cui art. 120 ha abrogato l'art. 18 l. n. 152/1975, nonché - tra l'altro - le ll. nn. 1423/56 e 575/65.

⁸³⁴ La vaghezza della portata di questa seconda categoria di possibili destinatari dell'atto sarebbe parzialmente colmata, secondo taluni Autori, attraverso il riferimento all'art. 270 *sexies* c.p. Così, L. CORDI, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 90.

⁸³⁵ Sull'importanza imprescindibile della convalida da parte dell'autorità giudiziaria, peraltro, già si era espressa la Consulta con sent. n. 222 del 2004, cit. Ciò rende ancora più palese il *vulnus* al diritto di difesa che si verifica in queste ipotesi.

dell'interno, o su sua delega, non è ammessa la sospensione dell'esecuzione in sede giurisdizionale ai sensi dell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, o dell'articolo 36 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642. Quando nel corso dell'esame dei ricorsi di cui al comma 4 del presente articolo e di quelli di cui all'articolo 13, comma 11, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la decisione dipende dalla cognizione di atti per i quali sussiste il segreto d'indagine o il segreto di Stato, il procedimento è sospeso fino a quando l'atto o i contenuti essenziali dello stesso non possono essere comunicati al Tribunale amministrativo. Qualora la sospensione si protragga per un tempo superiore a due anni, il Tribunale amministrativo può fissare un termine entro il quale l'amministrazione è tenuta a produrre nuovi elementi per la decisione o a revocare il provvedimento impugnato. Decorso il predetto termine, il Tribunale amministrativo decide allo stato degli atti”.

Sul piano del diritto sostanziale, nelle ipotesi di cui all'art. 3 l. n. 155/2005 manca il procedimento penale ed il collegamento ad un reato è solo in termini di sospetto di futura commissione : una *lettre de cachet* nostrana, una sanzione ministeriale di natura sostanzialmente penale totalmente discrezionale e sganciata dal rispetto del principio di offensività⁸³⁶.

D'altro canto, sotto il profilo procedimentale, l'esecuzione del provvedimento è immediata, senza neanche l'“intralcio” del controllo giudiziario e senza possibilità di sospensione del provvedimento⁸³⁷. La

⁸³⁶ A. CAVALIERE, *L'influenza del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali sull'ordinamento italiano*, cit., p. 247.

⁸³⁷ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 37, rileva che “inizialmente, la legge Martelli prescriveva l'automatica sospensione del provvedimento di espulsione, se fatto oggetto di ricorso. Successivamente la legge Napolitano-Turco impose al procedimento avverso il decreto espulsivo tempi così accelerati (5 gg. per il ricorso + 10 per la decisione) da giustificare, perché superflui, la mancata previsione di strumenti di sospensione cautelare. Sarà la regola dell'immediata esecutività del provvedimento espulsivo, cristallizzata dalla legge Bossi-Fini, a condizionare la disciplina della relativa tutela in giudizio, interamente configurata sull'ipotesi dell'accompagnamento immediato alla frontiera: con lo straniero già oltre i confini nazionali, si possono generosamente dilatare sia i tempi del ricorso (60 gg.) sia quelli della decisione (20 gg.); si omette, perché insensata, la previsione di forme di tutela cautelare in ragione di un ricorso presentato a provvedimento già eseguito; si considera irrealistica la presenza in udienza di un soggetto già espulso e dunque se ne cancella l'obbligo di audizione (garantendo invece la partecipazione dell'autorità che ha emesso il decreto impugnato); ci si spinge fino all'enormità di non disciplinare neppure le forme da seguire per la trattazione del giudizio”.

sospensione non è possibile neanche in ragione dell'intervenuto ricorso giurisdizionale, che diviene così assolutamente inutile, considerato che, in ogni caso, lo straniero sarà ormai stato espulso⁸³⁸ : "l'immediata esecuzione del decreto prefettizio e la possibilità di un ricorso *ex post*, privando di effettività il diritto alla difesa dell'espulso, violano infatti precisi obblighi internazionali oltre che svuotare di contenuto sostanziale le garanzie costituzionali di cui agli artt. 24 e 113 Cost"⁸³⁹; peraltro, un eventuale ricorso può essere sospeso per almeno due anni, allorché la tutela del segreto di Stato o le esigenze del segreto d'indagine siano reputati prevalenti rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale. Tutto ciò correndo un alto rischio di violazione del divieto di *refoulement*. «Siamo in presenza di una "gestione della vicenda dell'allontanamento dello straniero" integralmente appaltata all'autorità amministrativa, dove non è mai previsto l'intervento di un giudice né per convalidare l'ordine di espulsione né per autorizzarne l'esecuzione coattiva (che pure è misura incidente sulla libertà personale), con "gravi problemi di tenuta delle garanzie relative al diritto di difesa e al ruolo costituzionale della giurisdizione"»⁸⁴⁰.

Assai problematiche si rivelano altresì le ipotesi di respingimento, storicamente previste già all'art. 152 co. 1 t.u.l.p.s.⁸⁴¹, nonché all'art. 271 del regolamento di esecuzione del t.u.l.p.s.⁸⁴²

⁸³⁸ PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 36, rileva altresì che "il meccanismo giurisdizionale edificato attorno ai meccanismi di allontanamento differito dello straniero è costruito esattamente come una matryoska: il provvedimento finale del trattenimento presso i C.I.E. presuppone il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, che a sua volta presuppone il provvedimento di espulsione, che a sua volta presuppone un decreto amministrativo che ha negato, revocato o annullato il titolo legittimante il soggiorno dello straniero sul territorio italiano. Il cortocircuito nasce dalla prescelta ripartizione della competenza giurisdizionale: sul decreto alla base dell'edificio si pronuncia il giudice amministrativo, su tutti gli altri provvedimenti il giudice di pace. Con il risultato che la legittimità delle modalità esecutive dell'allontanamento viene accertata molto prima della legittimità circa il diniego o la revoca del permesso di soggiorno (magari disapplicato *incidenter tantum* ad opera del giudice di pace), con inevitabili problemi di coordinamento tra le due giurisdizioni".

⁸³⁹ A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 38.

⁸⁴⁰ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 15.

⁸⁴¹ Secondo cui "i Prefetti delle province di confine possono, per motivi di ordine pubblico, allontanare, mediante fogli di via obbligatorio, dai comuni di frontiera, nel caso di urgenza, riferendone al Ministro, gli stranieri di cui all'art. 150 e respingere dalla frontiera gli stranieri che non sappiano dare contezza di sé o siano sprovvisti di mezzi".

Il respingimento attualmente è disciplinato all'art. 10 t.u., nel cui secondo comma, in particolare, sono previste le ipotesi di respingimento differito.

Ai sensi del primo comma, la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri - respingimento cd. differito - a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso.

Il respingimento di per sé, ed in assenza di pronunce ulteriori, non produce effetti durevoli : divieto di reingresso, segnalazione nel SIS ecc. Ma, se lo straniero riesce comunque ad entrare nel Paese, si applica l'espulsione prefettizia *ex art. 13 co. 2 t.u.*, con le conseguenze relative.

Particolarmente criticabili appaiono le ipotesi di respingimento differito e di respingimento in alto mare.

Per quanto riguarda il respingimento differito alla frontiera, il problema di rilievo costituzionale, *sub specie art. 16 Cost.*, è che - sempre in virtù della convinzione che esso incida sulla mera libertà di circolazione dello straniero - nulla si prevede espressamente in ordine al ricorso contro di esso, né può considerarsi salvifica la convalida dell'eventuale successivo trattenimento⁸⁴³. Ancora, entrambe le ipotesi legislative di respingimento differito presentano un *deficit* di determinatezza incisivamente rilevato da autorevole dottrina : «Che significa “subito dopo”? E' un riferimento temporale (poco dopo il valico di frontiera) o geografico (in prossimità del valico di frontiera)? In cosa si sostanziano le “necessità di pubblico soccorso”?»⁸⁴⁴. Tale ambiguità

⁸⁴² Ai sensi del quale “devono, in ogni caso, essere respinti dal confine, in applicazione dell'art. 152 della legge, od espulsi gli stranieri indigenti o che esercitino il meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio, o il vagabondaggio o la questua”.

⁸⁴³ In proposito, P. BONETTI , *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., p. 97.

⁸⁴⁴ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 17 s.

renderebbe difficilmente distinguibile questa ipotesi rispetto a quella dell'espulsione prefettizia di chi "è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera", con conseguente discrezionale opzione per l'una o per l'altra, ed evidenti ricadute sul piano della tutela giurisdizionale dello straniero nonché degli effetti collaterali (divieto di reingresso, segnalazione nel SIS ecc.). "Dunque, il cortocircuito normativo, conseguenza di una riserva di legge rinforzata (*ex art. 10, comma 2, Cost.*) non rispettata, nasconde dietro l'etichetta di respingimento differito una vera e propria espulsione anticipata eseguita coercitivamente, per la quale la legge farebbe scattare l'obbligo di convalida ad opera di un giudice. E così, come in un gioco di prestigio, scompare d'incanto ogni effettiva tutela giurisdizionale. In queste condizioni, mancando una sede giurisdizionale chiamata a pronunciarsi prima che il respingimento si compia, sono evidentemente a rischio anche le garanzie sostanziali rappresentate dal divieto assoluto di rimpatrio nelle ipotesi di asilo politico, riconoscimento dello *status* di rifugiato o protezione temporanea per motivi umanitari"⁸⁴⁵.

Questa scelta di considerare esterne porzioni del proprio territorio o di posticipare il tempo dell'effettivo ingresso, per non dover applicare determinate garanzie, si pone in linea di continuità con le disposizioni che prevedono obblighi di controllo sui vettori o sui datori di lavoro, e con le convenzioni con i Paesi terzi e i partenariati : tutte strategie che mirano evidentemente a collocare fuori dalle frontiere europee e dalle responsabilità delle Istituzioni comuni il problema immigrazione⁸⁴⁶.

Per quanto riguarda il respingimento in alto mare con immediato rimpatrio, si tratta di una pratica sempre più frequente, adottata nella convinzione che il mancato ingresso nel territorio italiano impedisca l'incardinarsi di obblighi di tutela o comunque permetta di rimanere in una zona grigia di semimmunità⁸⁴⁷ e, dunque, che la strategia preventiva permetta

⁸⁴⁵ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 17 ss.

⁸⁴⁶ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 50 s.

⁸⁴⁷ A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2009, 3, p. 592.

impunemente il sacrificio delle garanzie⁸⁴⁸: avviene - con ampia discrezionalità - fuori dai valichi di frontiera, in assenza di “presentazione” dello straniero, di provvedimenti questorili, di convalida ecc. E, tuttavia, in realtà, a pensarla così ci si inganna, almeno sul piano teorico : infatti, vi sono numerose norme convenzionali, e non solo, da rispettare, soprattutto se si considera che generalmente i migranti sono prima presi a bordo di motovedette italiane - incardinando così la giurisdizione italiana sia perché le navi di bandiera sono territorio italiano ai sensi degli artt. 2, 3 e 4 c. nav. e 4 c.p., sia per il potere di controllo statale che ne consegue⁸⁴⁹ - e poi ricondotti verso altri lidi.

In queste ipotesi, il mancato accertamento delle singole posizioni individuali e l'assenza di tutela giurisdizionale determinano numerose violazioni di principi e norme internazionali, al di là del dato - a parere di chi scrive indiscutibile - che le si voglia classificare o meno quali “forme reiterate di vere e proprie espulsioni collettive, totalmente illegittime”⁸⁵⁰.

Sul piano internazionale, vengono in considerazione la Convenzione di Montego Bay del 1982, che sancisce l'obbligo incondizionato di proteggere la vita umana in mare; la Convenzione SAR sul soccorso in mare, che obbliga a trovare un luogo sicuro ove sbarcare le persone soccorse; l'art. 33 della Convenzione di Ginevra; sul versante CEDU, l'art. 3 - con il relativo corollario dell'inespellibilità verso un Paese in cui si corra un rischio apprezzabile di sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti - che non può essere eluso neanche attraverso accordi bilaterali, soprattutto con Stati non firmatari della Convenzione di Ginevra, nonché l'art. 5, che vieta la privazione della libertà personale in assenza della possibilità di un ricorso ad un giudice; sotto il profilo comunitario, vanno tenuti presente l'art. 63 TCE (ora art. 78

⁸⁴⁸ Sulla questione, M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, cit., p. 24.

⁸⁴⁹ In argomento v. A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 593 ss. L'Autore, peraltro, rileva che elemento decisivo - ai fini dell'applicazione delle tutele di cui all'art. 3 CEDU - è che le autorità competenti esercitino la propria giurisdizione sui migranti, essendo marginale il luogo in cui questo avvenga.

⁸⁵⁰ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 21. Nutre dubbi sull'applicabilità a queste ipotesi dell'art. 4 Protocollo n. 4 CEDU, in virtù dell'interpretazione restrittiva degli organi di Strasburgo relativamente all'espressione “*to leave a country*”, A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 604 ss.

TFUE), il Regolamento CE n. 562/2006 (punti 7 e 20 del Preambolo, e artt. 3, 7 e 13), le direttive n. 2004/83/CE e 2005/85/CE; infine, si prospettano violazioni di norme interne, ex art. 10 co. 3 Cost., art. 19 t.u., nonché in virtù delle disposizioni contenute nei d.lgs. nn. 251/2007 e 25/2008⁸⁵¹.

Sebbene ultimamente la Corte EDU⁸⁵² - anche percorrendo una strada diversa rispetto al recente passato⁸⁵³ - abbia dichiarato i respingimenti collettivi e sistematici verso la Libia, operati dall'Italia nel maggio 2009, contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU⁸⁵⁴, le vicende legate ai respingimenti hanno fatto

⁸⁵¹ Per un'indagine dettagliata di tali profili, E. GROSSO, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 3, editoriale.

⁸⁵² Corte EDU, Grande Chambre, 23 febbraio 2012, n. 27765, Hirsi Jamaa c. Italia, in *Guida al dir.*, 2012, 12, p. 99 ss.

⁸⁵³ In proposito, v. Corte EDU, 19 gennaio 2010, ricorsi nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05, Hussun e altri c. Italia, che si è chiuso con la cancellazione dei ricorsi dal ruolo. Questa pronuncia è stata commentata da P. BONETTI, *Respinti e indifesi? La prima pronuncia della Corte europea dei diritti sugli sbarchi a Lampedusa*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, p. 426 ss. In proposito, l'Autore rileva la gravità del dato - non stigmatizzato neanche dalla Corte europea - per cui il Governo italiano non ha saputo riferire circa il trattamento adottato nei confronti di 35 persone, di cui poi si erano totalmente perse le tracce; 'sparizione' che la Corte ha qualificato come una mancanza di interesse al ricorso! L'assenza di contatti, tuttavia, non può essere certo ritenuta automaticamente una mancanza d'interesse, soprattutto quando non si abbiano notizie sulla sorte dei soggetti considerati, in quanto la sola possibilità che siano stati violati gli artt. 2 e 3 CEDU impedisce tale interpretazione: essa potrebbe addirittura indurre ad allontanamenti dolosi verso Stati con cui è difficile tenere rapporti (per carenza di o.n.g. o di difensori attivi ecc.). Proprio per evitare ciò, l'Autore propone la valorizzazione di misure cautelari che, sospendendo l'allontanamento, garantiscano il diritto di difesa.

⁸⁵⁴ Per un primo commento a questa pronuncia, L. MASERA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2012. L'Autore sottolinea che "quanto alla questione della giurisdizione, la Corte ricorda innanzitutto il principio di diritto internazionale secondo il quale un'imbarcazione che si trova in acque internazionali è sottoposta alla giurisdizione esclusiva dello Stato cui appartiene; la Corte rigetta poi l'argomento, avanzato dal Governo italiano, secondo cui l'operazione sarebbe consistita in una mera operazione di soccorso, e ritiene invece che i ricorrenti, dal momento in cui sono stati trasportati sulle navi italiane sino a quello dello sbarco in Libia, si siano trovati sotto il controllo diretto ed esclusivo dei militari italiani, per cui i fatti avvenuti sulle navi rientrano nella giurisdizione dello Stato italiano (§ 63-82)". Nel merito, "la Corte ritiene sia stato violato l'art. 3 CEDU tanto perché i ricorrenti sono stati riaccompagnati in Libia, benché fosse noto che in tale Paese essi erano esposti al concreto rischio di subire trattamenti contrari alla Convenzione, in violazione dunque del principio di *non-refoulement* (§ 85-138); quanto perché i ricorrenti, in seguito al loro riaccompagnamento in Libia, correvano il rischio di essere rimpatriati in Somalia o in Eritrea, dove sarebbero stati con ogni probabilità sottoposti a trattamenti anch'essi contrari a quanto disposto dalla Convenzione (§ 139-158). La Corte ritiene altresì violato l'art. 4 del protocollo n. 4 che vieta i respingimenti collettivi (della cui applicabilità anche alle ipotesi di respingimento in mare la Corte non vede ragione di dubitare),

emergere irrimediabilmente la debolezza della effettiva applicazione dei principi internazionali.

2.2 L'espulsione come misura di sicurezza

La misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato è disciplinata in diverse disposizioni : negli artt. 235 e 312 c.p., nell'art. 15 t.u. e ancora nell'art. 86 comma 1 D.P.R. n. 309/1990 (c.d. Testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope).

In virtù del disposto dell'art. 1 co. 4 l. n. 94/2009, tendenzialmente, competente all'esecuzione della misura è il questore, e non più il magistrato di sorveglianza. Essa deve essere ordinata con la sentenza di condanna, e va eseguita dopo l'espiazione della pena; non potrà essere applicata - secondo quanto previsto all'art. 445 co. 1 c.p.p. - in caso di sentenza emessa in applicazione di pena su richiesta delle parti quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, né in caso di concessione della sospensione condizionale della pena.

posto che i ricorrenti sono stati trasferiti in Libia senza alcuna valutazione delle peculiarità di ogni singolo caso (§ 159-186). La Corte afferma infine la violazione dell'art. 13 in relazione all'art. 3 ed all'art. 4 prot. 4, considerato come i ricorrenti non abbiano avuto alcuna possibilità di contestare davanti ad un'autorità competente la legittimità del respingimento cui venivano sottoposti; né la facoltà di agire in sede penale nei confronti dei militari operanti sulle navi può essere considerato un rimedio effettivo, dal momento che secondo la Corte l'art. 13 richiede la disponibilità di un mezzo di ricorso che possa avere efficacia sospensiva del provvedimento contestato (§ 187-207). In ragione di tali violazioni, la Corte ha condannato lo Stato italiano a versare ad ogni ricorrente la somma di euro 15.000 a titolo di risarcimento del danno morale. Rinviando ad altra sede per un commento della sentenza, si può qui soltanto evidenziare l'estrema importanza della decisione, che costituisce una inequivocabile censura di una modalità di gestione del fenomeno migratorio che il Governo italiano dell'epoca aveva in molte occasioni rivendicato come legittima e necessaria, nonostante le critiche avanzate da parte non solo di diverse ONG, ma anche delle istituzioni europee e di organismi delle Nazioni Unite (perplexità peraltro riportate anche nella sentenza, § 33-44). Anche sotto il profilo più squisitamente tecnico-giuridico, poi, non mancano i profili di interesse, posti in luce dalla stessa sentenza: in ordine alla questione della giurisdizione, in primo luogo, ed a quella dei respingimenti collettivi, trattandosi soltanto della seconda occasione in cui la Corte ha affermato la violazione dell'art. 4 prot. 4 (dopo il caso *Conka c. Belgio* del 2002), e la prima in cui oggetto di valutazione sono stati respingimenti in mare”.

Sul piano generale, appare condivisibile la valutazione di attenta dottrina, secondo cui “il potenziamento delle misure di sicurezza nei confronti degli stranieri appare in controtendenza rispetto alla generalizzata recessione nell’applicazione delle misure di sicurezza personali nel nostro ordinamento. Al contempo il legislatore ha potenziato il ricorso alla sanzione penale, sempre meno rivolta ad un fatto e sempre più rivolta ad un autore. I due interventi non appaiono distonici, ma si muovono all’interno di una logica di potenziamento del doppio binario in funzione di controllo della pericolosità sociale : attraverso il modello tradizionale delle misure di sicurezza, che richiedono sempre l’accertamento in concreto della pericolosità sociale, o attraverso la previsione di reati d’autore, sul presupposto della pericolosità presunta dell’autore dell’infrazione”⁸⁵⁵. La classica distinzione tra pene e misure di sicurezza diviene sfuggente, in quanto è “la pena ad assumere i tratti di una misura di sicurezza e la misura di sicurezza a far proprio un indebito contenuto punitivo. Il sistema del doppio binario, che formalmente persiste nella disciplina penale dell’immigrazione illegale, accentua i profili della difesa sociale e si colloca in quella logica di esclusione nella quale si muove il testo unico dell’immigrazione”⁸⁵⁶.

Ma passiamo all’esame delle singole ipotesi menzionate.

Per quanto attiene alla sede codicistica, l’espulsione dello straniero è annoverata nella classe delle misure di sicurezza personali non detentive (art. 215 co. 2 c.p.).

Come già anticipato nel secondo capitolo, l’art. 235 c.p. ha subito una rilevante modifica con la l. n. 125/2008, che ha previsto l’applicabilità dell’espulsione dello straniero, ovvero dell’allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell’Unione europea⁸⁵⁷,

⁸⁵⁵ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit., p. 272.

⁸⁵⁶ M. PELISSERO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁵⁷ Sull’allontanamento del cittadino comunitario, M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1346 ss., afferma che “se si segue l’orientamento della giurisprudenza e di parte della dottrina favorevole ad una interpretazione ampia della nozione di straniero, tra la nuova disciplina e la precedente si assiste ad un fenomeno di continuità normativa; se, invece, si segue l’interpretazione preferibile, a favore di una lettura ristretta del presupposto soggettivo della misura di sicurezza dell’espulsione, la riforma del 2008 ha esteso l’ambito di applicazione

oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero sia condannato alla reclusione per un tempo superiore a due anni (e non più a dieci anni) : come è stato rilevato, la condanna ad una pena superiore ai due anni di reclusione resta presupposto necessario, ma non sufficiente per espellere lo straniero dal territorio dello Stato, in quanto il giudice dovrà comunque svolgere una valutazione relativamente alla sua pericolosità sociale, «a nulla rilevando che il legislatore utilizzi il presente indicativo “ordina”, che potrebbe invece lasciar pensare ad una presunzione di pericolosità collegata alla mera condanna penale dell'imputato, in deroga alla regola generale sancita dall'art. 202 c.p.»⁸⁵⁸. E, tuttavia, l'abbassamento del limite edittale fa sì che l'espulsione sia applicabile a fatti di bassa o media lesività, cui sembra difficile collegare un'elevata pericolosità sociale del reo; ma, soprattutto, emerge una rilevante differenza qualitativa con le altre ipotesi a cui consegue una misura di sicurezza⁸⁵⁹, rispetto alle quali non è neanche fatto alcun riferimento alle ipotesi di inespellibilità *ex art. 19 t.u.*

L'art. 312 c.p., invece, prevede l'applicabilità della misura di sicurezza in caso di delitti contro la personalità dello Stato. Anche questa disposizione - in seguito ad una modifica del 2008 - è applicabile ai cittadini comunitari.

Ancora, l'art. 15 t.u. prevede un'ipotesi facoltativa di irrogazione della misura espulsiva, da applicarsi, al di fuori dei casi dettati nel codice penale,

dei destinatari del provvedimento; più precisamente, è stata introdotta nel nostro sistema una nuova misura di sicurezza, l'allontanamento dal territorio dello Stato di un cittadino dell'Unione europea (...). Considerato, tuttavia, che allontanamento ed espulsione costituiscono due misure differenti e che in ogni caso nelle rubriche e nel testo degli artt. 235 e 312 c.p. il legislatore ha distinto i due provvedimenti, sarebbe stato opportuno tenerne conto anche nell'art. 215 c.p. in sede di elencazione delle misure di sicurezza personali, dove il comma 3, n. 4 continua a prevedere esclusivamente l'espulsione”.

⁸⁵⁸ Sulle ragioni di tale assunto, anche alla luce di precedenti pronunce della Corte costituzionale (tra l'altro, Corte cost., n. 58 del 1995), F. VIGANO'- M. VIZZARDI, *Pacchetto Sicurezza ed espulsioni: intenti legislativi e vincoli europei*, cit., p. 814; secondo gli Autori, peraltro, «l'espulsione prevista per condanne non inferiori a dieci anni di cui al previgente art. 235 c.p. era infatti in linea con altre ipotesi di espulsione dello straniero come misura di sicurezza espressamente previste dalla legge, che riguardano tuttora i delitti contro la personalità dello Stato (art. 312 c.p.) e alcuni gravi delitti in materia di stupefacenti (artt. 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, D.P.R. 309/1990): tutte ipotesi, dunque, già di per sé espressive di una spiccata pericolosità sociale del reo, che l'art. 235 c.p. nella sua versione attuale non è invece più in grado di “indiziare”, potendo trovare oggi applicazione per reati di medio-bassa gravità». In realtà, anche per quanto riguarda l'art. 312 c.p. esistono profili di inadeguatezza : si pensi a talune fattispecie problematiche ed anacronistiche, come quelle di vilipendio.

⁸⁵⁹ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 138.

allo straniero condannato per i delitti compresi negli elenchi di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p., sempre che egli risulti socialmente pericoloso. Taluna dottrina ha affermato che non può adottarsi una interpretazione letterale della clausola “fuori dei casi previsti nel codice penale” in quanto ciò sarebbe irragionevole e contrario alla *ratio legis* : perciò la misura sarebbe applicabile a qualsiasi reato (previsto nel codice o nella legislazione speciale) purché sussistano i requisiti di cui all’art. 15 t.u.⁸⁶⁰ Va, peraltro, rilevato che la nozione di straniero cui si fa riferimento nel codice penale, ricavabile dall’art. 4 dello stesso, è più ampia rispetto a quella contenuta nell’art. 1 t.u., che evidentemente esclude i cittadini comunitari. Tale differenza si è palesata ancor più con le modifiche del 2008 agli artt. 235 e 312 c.p., che hanno espressamente esteso la propria portata ai cittadini europei⁸⁶¹.

Infine, l’art. 86 co. 1 D.P.R. n. 309/1990 stabilisce, ai numeri 1) e 2), che l’espulsione sia ordinata nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati di cui agli artt. 73, 74, 79 e 82 commi 2 e 3 dello stesso D.P.R., ovvero per uno degli altri delitti introdotti dal medesimo testo unico. Ancora, il comma 3 dell’art. 86 prevede che, se ricorre lo stato di flagranza di cui all’articolo 382 c. p. p. in riferimento ai delitti previsti dai commi 1, 2 e 5 dell’articolo 73, il prefetto dispone l’espulsione immediata - che in tal caso, non costituisce misura di sicurezza, ma misura amministrativa - e l’accompagnamento alla frontiera dello straniero, previo nulla osta dell’autorità giudiziaria procedente.

La misura di sicurezza di cui all’art. 86 co. 1 - che peraltro non contempla un limite edittale - sembra applicabile anche ai cittadini comunitari⁸⁶². Anche in questo caso, qualora “sia stata concessa allo straniero,

⁸⁶⁰ Così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 311.

⁸⁶¹ Così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 312 ss.

⁸⁶² Cass. Pen., sez. I, 18 novembre 2008, n. 44336, in *CED Cass. pen.*, 2008, secondo cui “la misura di sicurezza dell’espulsione dello straniero condannato per reati in materia di stupefacenti può essere disposta anche a carico del cittadino comunitario, trattandosi di previsione che non contrasta con la normativa comunitaria che disciplina la libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri, giacché questa fa esplicitamente salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica, ed essendo all’uopo necessario solo che non venga adottata in modo automatico, bensì previa valutazione della pericolosità”; nonché, Cass. Pen., sez. VI, 18 aprile 2007, n. 17183, in *Cass. pen.*, 2008, 10, p. 3718 ss., secondo cui “la concessione della sospensione condizionale della pena allo straniero condannato per reati in tema di disciplina degli stupefacenti ne impedisce l’espulsione dallo Stato, in quanto implicitamente ne esclude l’attuale

condannato per reati in materia di stupefacenti, la sospensione condizionale della pena, non è applicabile la misura di sicurezza della espulsione dal territorio dello Stato ai sensi dell'art. 86, comma primo, D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309⁸⁶³.

Va altresì osservato che nella disposizione in esame non è prevista la durata minima e massima del divieto di reingresso: così qualcuno lo reputa permanente, stante l'impraticabilità - se non attraverso un procedimento cartolare o fondato sulla mera considerazione della tipologia di reato commesso - dell'applicazione delle previsioni *ex artt.* 207 e 208 c.p.; altri ritengono risolvibile la situazione attraverso la concessione della riabilitazione *ex artt.* 178 e 179 co. 6 n. 1 c.p., secondo cui la riabilitazione non può essere concessa quando il condannato sia stato sottoposto a misura di sicurezza, tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato, ovvero di confisca, e il provvedimento non sia stato revocato⁸⁶⁴.

Le figure di espulsione citate, proprio in forza della loro natura di misure di sicurezza, necessitano, sotto il profilo oggettivo, della commissione di un reato, e sul versante soggettivo della sussistenza della pericolosità sociale del condannato, valutata *ex art.* 133 c.p. E, tuttavia, «l'assenza di vincoli legali alla pericolosità, la mancanza di una delimitazione dei reati da pronosticare o di un nesso sintomatico tra delitto commesso e reati attesi, il fatto che non si richieda, sul modello della recidiva qualificata o delle figure di pericolosità speciale, una minima "carriera criminale" (precedenti reati e precedenti condanne), affida all'autorità giudiziaria un compito improbo, specie in un codice che vieta la perizia criminologica (che sarebbe in ogni caso di difficile applicazione in questi casi per ragioni di ordine pratico a causa dell'ampliamento dei reati presupposto). L'unico elemento richiesto dalla legge è la commissione di un delitto, qualificato o quantitativamente dal peso della condanna o qualitativamente dal titolo: ora, sebbene il reato presupposto debba

pericolosità sociale, che è presupposto imprescindibile per l'applicazione della misura di sicurezza".

⁸⁶³ Cass. Pen., sez. VI, 21 marzo 2007, n. 12867, in *Cass. pen.*, 2008, 2, p. 625 ss.

⁸⁶⁴ Sul dibattito, Così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 319 ss.; Cfr. pure L. TARANTINO, *Espulsione ed allontanamento a titolo di misura di sicurezza*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 684.

essere considerato nella sua funzione di garanzia di limite alle istanze preventive e di essenziale indice sintomatico di pericolosità, rappresenta una base alquanto esangue per fondare un giudizio di pericolosità attendibile»⁸⁶⁵.

Accanto ai limiti propri di tutte le misure di sicurezza, esistono delle ragioni ostative all'applicazione delle misure in esame, che hanno natura e ragioni peculiari.

Ci si riferisce alle ipotesi di inespellibilità *ex art. 19 t.u.*, ossia verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (divieto assoluto); oppure “nei confronti degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana”, salvi i “casi previsti dall'art. 13 comma 1”, ossia qualora l'espulsione venga ordinata per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (divieto relativo)⁸⁶⁶. Secondo taluni Autori, peraltro, l'art. 19 t.u. andrebbe interpretato

⁸⁶⁵ M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, cit., p. 1347 ss.

⁸⁶⁶ Per l'*excursus* storico, con particolare attenzione ad una sentenza sul tema del delicato contemperamento tra il diritto dello straniero all'unità familiare e le esigenze di preservazione dell'ordine e della sicurezza pubblica, sottese alla valutazione della pericolosità sociale del reo, R. STABILE, *Quando il diritto all'unità familiare non impedisce l'espulsione dello straniero*, in *Famiglia e diritto*, n. 1 / 2009, p. 51 ss. : “Come segnalato da recente dottrina, l'orientamento della Corte di cassazione sul tema che ci occupa pare affetto da una notevole incertezza. Secondo un primo indirizzo, il Supremo Giudice, annullando la decisione con cui la magistratura di sorveglianza aveva applicato ad uno straniero l'espulsione ai sensi dell'art. 86 D.P.R. 309 del 1990, sanciva l'ineludibilità dell'accertamento in concreto della pericolosità sociale del condannato nonché della verifica caso per caso in ordine alla compatibilità del provvedimento espulsivo con i dettami dell'art. 8 CEDU. Richiamando direttamente alcune pronunce della Corte di Strasburgo, la Cassazione ribadiva le due irrinunciabili qualità che rendono legittima, alla luce della CEDU, la misura dell'espulsione: la necessità, intesa quale rispondenza ad un bisogno sociale imperioso di tutela dell'ordine pubblico, e la proporzionalità rispetto al fine perseguito. Da ciò deriverebbe l'obbligo, posto a carico del giudice tanto della cognizione quanto dell'esecuzione, di pervenire ad un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, facendo leva sugli indici previsti dall'art. 133 c.p., valutati anche al lume delle esigenze imposte dalle norme convenzionali. Al contrario, a seguir il *dictum* di più recente pronuncia, si evince che non potrebbe invocarsi, da parte del soggetto che presenti i requisiti per l'applicazione della sanzione *ex art. 86 comma 1 D.P.R. 309 del 1990*, il diritto all'unità familiare, in quanto la *ratio* dell'espulsione come misura di sicurezza esprimerebbe l'interesse dello Stato a liberarsi, in forza di incompressibili esigenze di ordine pubblico, di un soggetto straniero, di cui sia provata una particolare attitudine a delinquere. Qui, l'aver commesso un grave reato - quale uno di quelli previsti in materia di stupefacenti - unitamente ad una prognosi positiva di ricaduta nel crimine, pare da solo sufficiente ad assorbire la

estensivamente anche alla luce della giurisprudenza CEDU che ha ricavato dall'art. 8 della Convenzione un generale e più ampio diritto al rispetto della “vita familiare”, includendovi altresì la tutela dei legami affettivi coltivati dall'individuo, senza alcuna distinzione, ad esempio, tra famiglia “legittima” e famiglia “di fatto”⁸⁶⁷. L'impianto normativo, peraltro, è integrato dall'art. 28 d.p.r. n. 394/1999, relativo ai permessi di soggiorno per gli stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento⁸⁶⁸.

considerazione di qualsiasi contrastante interesse, finanche del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 Cedu”. L'Autore, che mostra un *favor* per l'opzione giurisprudenziale che attua uno sforzo di ricerca del “giusto equilibrio” tra esigenze di ordine pubblico e diritto alla vita familiare, non manca altresì di rimarcare criticamente che con l'art. 19 co. 2 lett. c) t.u. «statuendo che “l'espulsione non è consentita nei confronti degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana”, salvo che “per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato”, il legislatore pare voler decisamente precludere al giudice qualsiasi spazio di discrezionalità, così da impedirgli di svolgere una effettiva valutazione del concreto atteggiarsi degli interessi in conflitto. Non può dunque destare meraviglia il riscontro di quell'indirizzo giurisprudenziale di legittimità, sopra ricordato, che pare contentarsi della positiva prognosi di pericolosità sociale dello straniero, senza minimamente considerare l'opposto interesse alla preservazione dell'unità familiare. Neppure può sorprendere il dettaglio, non marginale, per cui la giurisprudenza più attenta al rispetto dei livelli di tutela imposti dalla Cedu finisca per relegare il bilanciamento degli interessi in gioco nell'angusto perimetro del giudizio sulla pericolosità sociale, fondato sugli indici di cui all'art. 133 c.p. Vero che, nel numero di tali parametri, è ricompreso l'elemento delle “condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”. Tuttavia, non può sfuggire che le circostanze di cui all'art. 133 c.p. vanno lette, ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza, con lo scopo di valutare la probabilità di ricaduta nel crimine dello straniero condannato, non già la significatività dei rapporti familiari da questi invocati quali cause ostative dell'espulsione stessa. In altre parole, il contemperamento tra le contrarie istanze dovrebbe correttamente situarsi al di fuori della valutazione di pericolosità sociale, quale limite esterno all'applicazione di una misura di sicurezza, di cui già siano sussistenti i presupposti di legge».

⁸⁶⁷ F. VIGANO'- M. VIZZARDI, *Pacchetto Sicurezza ed espulsioni: intenti legislativi e vincoli europei*, cit., p. 815.

⁸⁶⁸ Se ne riporta, per comodità del lettore, il testo : “Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno: a) per minore età, salvo l'iscrizione del minore degli anni quattordici nel permesso di soggiorno del genitore o dell'affidatario stranieri regolarmente soggiornanti in Italia. In caso di minore non accompagnato, rintracciato sul territorio e segnalato al Comitato per i minori stranieri, il permesso di soggiorno per minore età è rilasciato a seguito della segnalazione al Comitato medesimo ed è valido per tutto il periodo necessario per l'espletamento delle indagini sui familiari nei Paesi di origine. Se si tratta di minore abbandonato, è immediatamente informato il Tribunale per i minorenni per i provvedimenti di competenza; a-bis) per integrazione sociale e civile del minore, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c-*sexies*), previo parere del Comitato per i minori stranieri; b) per motivi familiari, nei confronti degli stranieri che si trovano nelle documentate circostanze di cui all'articolo 19, comma 2, lettera c) del testo unico; c) per cure mediche, per il tempo attestato mediante idonea certificazione sanitaria, nei confronti delle donne che si trovano nelle circostanze di cui all'articolo 19, comma 2, lettera d) del testo unico; d) per motivi umanitari, negli altri casi, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che

Limiti ulteriori e più stringenti, in dottrina, sono stati rinvenuti in favore degli stranieri comunitari. Ciò in ragione delle libertà riconosciute dal Trattato istitutivo delle Comunità Europee ed ora dai trattati UE, che garantiscono in generale ai cittadini comunitari diritti di stabilimento, circolazione e soggiorno. In particolare, il contenuto degli artt. 48 e 56 del Trattato CEE secondo cui la libertà di circolazione per i lavoratori dipendenti e quella di stabilimento per i prestatori di servizi potevano essere limitate per ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza⁸⁶⁹, risulta confermato dal Titolo IV TFUE, il cui art. 45 ribadisce che la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione può subire solo limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. La stessa dottrina aggiunge che «la discrezionalità degli Stati membri nello specificare le ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza che possano giustificare l'allontanamento di un cittadino comunitario non è però assoluta, ma deve comunque essere rispettosa dei principi fissati sia dalla direttiva CEE 64/221 del 25 febbraio 1964 in materia di trasferimento e soggiorno degli stranieri, sia - e soprattutto - dalla recente direttiva 2004/38/CE in materia di “diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare”, a cui il legislatore italiano ha dato attuazione con il d.lgs. n. 30/2007»⁸⁷⁰.

provvede ad accordare una protezione analoga contro le persecuzioni di cui all'articolo 19, comma 1, del testo unico”.

⁸⁶⁹ In proposito, tra le tante, Corte giustizia CE, sez. I, 27 aprile 2006, n. 441, in *Guida al dir.*, 2007, 11, p. 110 ss., secondo cui “l'adozione di una normativa interna, che stabilisce alcune cause di espulsione automatica a seguito della commissione di reati applicabile per gli stranieri, è incompatibile con il diritto comunitario. Il diritto di un cittadino comunitario di entrare e di soggiornare in uno Stato membro non è incondizionato, ma può essere vietato solo nel caso in cui sussistano motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica che possono essere invocati solo a seguito di una valutazione specifica. Il provvedimento di espulsione non può essere applicato in modo automatico per la sola sussistenza di condanne penali, ma l'autorità competente deve verificare se il comportamento personale è una minaccia effettiva per la sicurezza pubblica nel momento in cui decide l'allontanamento”.

⁸⁷⁰ Il cui art. 20, così come successivamente modificato, lo si ripete, prevede che “i provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità e non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, né da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che non rappresentino una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza” (comma 4); “l'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti” (comma 4); “nell'adottare un provvedimento di allontanamento si tiene conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, della sua situazione familiare e economica, del

Più in particolare, l'art. 27, comma 2, della direttiva del 2004 appena richiamata stabilisce che i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza debbano rispettare “il principio di proporzionalità”, debbano essere “adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati”, e non possano in ogni caso essere “automaticamente” adottati sulla base della “sola esistenza di condanne penali”. Tale disposizione statuisce, inoltre, che il comportamento personale dello straniero dovrà rappresentare “una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società”, in quanto “giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione”. Allo stesso modo, l'art. 28, comma 1, della direttiva precisa che “prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza” lo Stato membro ospitante dovrà tenere “conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e l'importanza dei suoi legami con il paese d'origine”. Se poi il cittadino comunitario è un minore o ha soggiornato nello Stato membro ospitante nei “precedenti dieci anni”, l'espulsione potrà essere adottata soltanto “per motivi imperanti di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro”⁸⁷¹.

Dunque, “il fatto che, ai fini del provvedimento di allontanamento *ex artt.* 235 o 312 c.p., sia sufficiente una sentenza di condanna unitamente ad una prognosi generica di pericolosità sociale contrasta con il più specifico riferimento ad una minaccia grave per interessi fondamentali della società: per quanto i riferimenti della direttiva siano elastici, non vedo come la probabilità di reiterazione di reati possa essere considerata sempre rispettosa dello *standard* comunitario. Ne consegue, pertanto, che nell'applicazione della disciplina in esame, il giudice, dovendo attenersi al principio di interpretazione conforme della disciplina interna a quella comunitaria, dovrà restringere il

suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dell'importanza dei suoi legami con il Paese d'origine”(comma 5).

⁸⁷¹ Per la ricostruzione, F. VIGANO'- M. VIZZARDI, *Pacchetto Sicurezza ed espulsioni: intenti legislativi e vincoli europei*, cit., p. 815.

giudizio prognostico e ritenere sussistente la pericolosità sociale solo in presenza di un pericolo non futuro ed eventuale, ma serio ed attuale di reiterazione di gravi reati. Solo così il giudice interpreterà la norma in conformità allo spirito della direttiva ed al principio di proporzione, anch'esso esplicitato a livello comunitario»⁸⁷².

Proprio intuendo la volontà di costruire una tutela più rafforzata per i soli cittadini comunitari, vi è chi condivisibilmente ha rilevato che «questa prospettiva non può essere condivisa, in quanto, anche se non vigesse sul punto la disciplina comunitaria, la necessità di un accertamento in concreto della pericolosità sociale si determinerebbe su imprescindibili esigenze di natura costituzionale; le stesse che hanno condotto, dopo diverse pronunce della Consulta, alla legge c.d. “Gozzini” n. 663/86 che ha proceduto all’abolizione di ogni forma di presunzione legale di pericolosità. Pertanto, la disciplina attuale vale per tutti gli stranieri, extracomunitari e comunitari. Non a caso, l’insidiosa tendenza a fondare il responso di pericolosità sul mero *status* di straniero irregolare del reo rappresenta un rischio concreto soprattutto in materia di immigrazione, ravvisandosi proprio in ciò la necessità di far discendere il garantismo della misura direttamente dalla Costituzione, anziché da una direttiva idonea a proteggere i soli cittadini comunitari. Quest’ultima, almeno in questo campo, rileva in un secondo momento, nella misura in cui essa è limite invalicabile per il legislatore nazionale»⁸⁷³. Ed, infatti l’assenza di un accertamento in concreto della pericolosità contrasterebbe con gli artt. 3, 24 co. 2, 27 co. 1 e 3, 111 Cost., determinando peraltro un’irragionevole violazione del principio di divisione dei poteri.

A chi scrive pare imprescindibile il riferimento alla necessità costituzionalmente fondata della verifica di una reale ed attuale pericolosità sociale, in quanto - sebbene la direttiva preveda effettivamente un livello più alto di garanzie - essa usa espressioni generiche e potenzialmente aperte ad un’eccessiva discrezionalità.

⁸⁷² M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, cit., p. 1347 ss.

⁸⁷³ E. DE FRANCO, *Sub art. 312 c.p.*, in corso di pubblicazione in *Codice penale commentato*, a cura dell’Istituto triboniano.

Alla possibile discriminazione tra cittadini comunitari ed extracomunitari nella valutazione della pericolosità, va aggiunta altresì quella tra extracomunitari regolari ed irregolari. Infatti, al di là dei problemi legati al concetto in sé ed all'accertamento della pericolosità, attualmente si tende ad offrire una lettura di quest'ultima in chiave contestuale, quale convergenza di diversi fattori, di relazioni sociali ed interpersonali: è la situazione complessiva in cui il reo versa a costituire un elemento essenziale di condizionamento del rischio di recidiva. A questo riguardo vi è chi reputa che purtroppo «nella prassi diventerà indice sintomatico preminente lo *status* di irregolare (quale condizione di vita *ex art.* 133, comma 2, c.p.), considerato il rilievo statistico del più elevato tasso di criminalità tra la popolazione straniera irregolare rispetto a quella regolare (quest'ultimo del tutto equiparabile a quello degli italiani). E' indubbio, infatti, che il giudice sarà portato ad effettuare giudizi differenti a seconda che il condannato sia uno straniero irregolare, privo di solidi riferimenti familiari e sociali, o uno straniero inserito da tempo in un contesto sociale, che dia sufficiente affidamento di stabilità. A mio avviso, qui si annida il rischio di una pericolosità presunta mascherata dello straniero irregolare, tanto più alimentata dalla stereotipo del binomio “straniero-criminalità”»⁸⁷⁴.

In materia di misure di sicurezza, un'altra problematica è legata alla sostanziale impossibilità che in concreto sia accertata la cessazione della pericolosità sociale di uno straniero espulso, al fine di consentirne il legittimo reingresso nel territorio italiano, evitando l'eventuale configurarsi del reato previsto dal secondo comma degli artt. 235 e 312 c.p. Attenta dottrina ha rilevato che tale accertamento può sostanzialmente avvenire in tre modi. In primo luogo, la valutazione giudiziale si potrebbe limitare ad una mera presa d'atto di un carteggio tra autorità diplomatiche sulla persona del soggetto espulso: in questo caso il giudizio prognostico diventerebbe puramente fittizio; ancora, potrebbe accadere che l'incertezza dei giudizi prognostici di pericolosità e l'assenza di elementi attendibili su cui basarsi rischi di trasformare una misura indeterminata, ma aperta sulla carta alle possibilità di

⁸⁷⁴ M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, cit., p. 1348 ss.

cessazione a seguito del meccanismo di riesame periodico della pericolosità, in una misura nei fatti perpetua; potrebbe, infine, accadere che il giudice, in assenza di altri elementi, desuma la pericolosità sociale esclusivamente dalla gravità del reato commesso, elemento che se può assumere un ruolo indicativo nella prognosi per l'applicazione iniziale della misura, non è in grado di orientare circa la persistenza del rischio di recidiva ad anni di distanza dalla commissione del fatto. “In ognuna di queste soluzioni, le misure dell'espulsione e dell'allontanamento vedono alterata la loro funzione: nei primi due casi perché il giudizio di pericolosità o è troppo formalizzato nel carteggio diplomatico o è tendenzialmente escluso; nel terzo caso perché la misura di sicurezza, la cui durata è rapportata al fatto commesso, si trasforma di fatto in una sanzione accessoria (...) La possibilità di dimostrare il mutamento della condizione di pericolosità sociale può richiedere da parte dell'interessato la necessità di entrare nel territorio dello Stato per far valere nel giudizio di riesame i propri diritti: a questo riguardo deva valere per analogia la procedura che consente di autorizzare l'ingresso per il tempo strettamente necessario all'esercizio del diritto di difesa (art. 17 t.u. stranieri e art. 20-bis, comma 5, d.lgs. n. 30/2007 per i cittadini dell'Unione europea)”⁸⁷⁵. In ogni caso, un'applicazione presuntiva della misura nei confronti degli stranieri irregolari, unita alla difficoltà di accertamento della cessazione della pericolosità sociale, comporterebbe la valorizzazione della funzione repressivo-sanzionatoria dell'espulsione, che assumerebbe sempre più i contorni di una pena accessoria⁸⁷⁶.

La riforma si muove comunque nella logica dell'esclusione, volta a colpire alcuni cittadini ed alcune etnie “che sono di recente diventate europee per trattato più che per effettivo riconoscimento di parità di diritti”⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, cit., p. 1349 ss.

⁸⁷⁶ M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, cit., u. p.

⁸⁷⁷ M. PELISSERO, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, cit., u. p.

2.3 L'espulsione come sanzione sostitutiva o alternativa

L'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione è stata delineata, da una parte della dottrina, come «una speciale ipotesi di sospensione condizionale della pena, sottoposta alla condizione che lo straniero non rientri nel territorio nazionale : una rinuncia dello Stato all'effettività della sanzione penale, giustificata dalla primaria (e forse esclusiva) esigenza di ridurre la popolazione carceraria attraverso l'allontanamento di stranieri irregolari “che abbiano in corso procedimenti penali per reati di microcriminalità”, per i quali ogni attività volta al reinserimento sociale si scontrerebbe con l'inevitabile allontanamento dallo Stato che saranno costretti a subire al termine della fase esecutiva»⁸⁷⁸.

Ad ogni modo, diffusa è l'opinione che abbia una natura amministrativa.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 16 t.u., infatti, il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13 co. 2 t.u., 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'art. 163 c.p.⁸⁷⁹ ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10-*bis* t.u., qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14 co. 1 t.u., che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con

⁸⁷⁸ S. TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 279.

⁸⁷⁹ Sul punto, S. CENTONZE, *Espulsione sostitutiva della pena*, in ID. (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 697, rileva che “lo straniero che ha goduto della pena sospesa assai di rado riesce ad evitare che venga comunque espulso, poiché detta misura ben può essere irrogata dal prefetto. A ben vedere, allora, il paradosso sta in ciò : se il giudice non ritiene lo straniero meritevole della sospensione della pena, l'espulsione si sostituisce alla pena; se invece il giudice ritiene che possa essergli concesso il beneficio della sospensione condizionale, allora l'espulsione si aggiunge alla pena”.

accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica⁸⁸⁰, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. Le disposizioni di cui all'art. 16 co. 1 t.u. si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'art. 14 co. 5-ter e 5-quater. L'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4 : con evidente, grave lesione delle garanzie difensive.

Non può, invece, sostituirsi la pena pecuniaria con l'espulsione, salvo l'eccezione espressamente prevista dell'art. 10 *bis* t.u.; né l'espulsione può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p., oppure i delitti previsti dal testo unico, punibili con la reclusione superiore nel massimo a due anni : è evidente che i requisiti alternativamente richiesti risultano del tutto disomogenei.

In ogni caso, il giudice nel disporre l'espulsione deve indicare la pena sostituita, dato utile nei casi di revoca della sostituzione⁸⁸¹ : infatti, data la specialità della previsione, in caso di violazione del divieto di reingresso, non è integrato il reato di cui all'art. 13 co. 13 *bis* t.u.⁸⁸². E, tuttavia, non sono espressamente previsti criteri di ragguaglio tra la pena da sostituire ed il periodo di divieto di reingresso. Inoltre, secondo taluni Autori, l'art. 16 co. 4 t.u., nel fare riferimento solo allo straniero espulso che rientra illegalmente nel territorio dello Stato, escluderebbe l'ipotesi di chi sia invece rimasto nel Paese senza allontanarsi⁸⁸³.

⁸⁸⁰ S. CENTONZE, *Espulsione sostitutiva della pena*, cit., p. 697 s., rileva che “dunque, il giudice deve tener conto non solo dell'esigenza di non sovraffollare gli istituti di pena, ma anche quella di non sovraffollare i centri di identificazione ed espulsione, altrimenti il problema dei costi di gestione della popolazione ristretta, lungi dall'essere risolto, sarebbe solo spostato dalle carceri sui centri di permanenza”. E, tuttavia, l'Autore realisticamente afferma che non è esigibile dal giudice questo bagaglio di informazioni e conoscenze sulla possibilità di immediato rimpatrio o meno; ed, infatti, sovente accade che lo straniero espulso dal giudice non possa essere accompagnato coattivamente alla frontiera, ma gli venga solo intimato di abbandonare il Paese.

⁸⁸¹ Sul dibattito relativo al giudice competente alla revoca, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 266 s.

⁸⁸² Così, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 326. *Contra*, S. CENTONZE, *Espulsione sostitutiva della pena*, cit., p. 705.

⁸⁸³ S. CENTONZE, *Espulsione sostitutiva della pena*, cit., p. 703.

L'espulsione 'sostitutiva' - così come quella che opera quale misura alternativa - "può essere disposta solo qualora lo straniero si trovi in una delle situazioni tassativamente previste, come presupposto per l'espulsione amministrativa, nell'art. 13, comma 2, della stessa legge, e tra queste non rientra l'esistenza di altra condanna penale"⁸⁸⁴ : quindi, suoi destinatari potranno essere solo gli extracomunitari irregolari⁸⁸⁵ o pericolosi che non si trovino nelle condizioni di cui all'art. 19 t.u.

Tale misura - laddove sostitutiva delle pene detentive di breve durata - è espressiva, da un lato, della volontà di riconnettere l'opzione rieducativa alla sussistenza della cittadinanza; dall'altro - in relazione ai reati di maggiore gravità quali quelli previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p. - di salvaguardare la sicurezza dello Stato che potrebbe essere lesa dalla relativa facilità con cui si accede nel territorio dello Stato⁸⁸⁶.

L'espulsione è prevista anche a titolo di misura alternativa.

L'art. 16 co. 5 t.u. prevede che nei confronti dello straniero identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13 co. 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'art. 407 co. 2, lettera a) c.p.p., ovvero i delitti previsti dal testo unico. Inoltre, ai sensi del co. 8, la pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena. Competente a disporre l'espulsione è il magistrato di sorveglianza; un eventuale contraddittorio è attivabile solo *a posteriori* in caso di

⁸⁸⁴ Cass. Pen., sez. I, 11 gennaio 2007, n. 3500, in *Guida al dir.*, 2007, 11, p. 84 ss. Negli stessi termini, in precedenza, si era espressa Corte cost., 28 luglio 1999, n. 369, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 233 ss., secondo cui "l'espulsione dello straniero prevista dall'art. 14 l. 6 marzo 1998 n. 40, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma costituisce una misura amministrativa, sicché non risultano pertinenti i parametri di legittimità costituzionale stabiliti per le norme penali".

⁸⁸⁵ Sul dibattito relativo alla possibile applicabilità della misura ai cittadini comunitari e all'operatività della deroga *ex art. 1 t.u.*, qualora si considerasse l'espulsione rimedio più favorevole rispetto alla soluzione espiativa ordinaria, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 328.

⁸⁸⁶ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 328 s.

opposizione dello straniero. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero, con l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Peraltro, è stato affermato che “non può essere disposta l'espulsione dello straniero, quale prevista dall'art. 16 comma 5 del t.u. imm., qualora l'interessato abbia tempestivamente chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno e su tale richiesta non sia ancora intervenuta la decisione della competente autorità amministrativa”⁸⁸⁷.

Perplessità ha destato altresì la previsione per cui “lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio” : ciò in ragione del dato per cui è proprio questa la causa principale delle difficoltà espulsive⁸⁸⁸ e, dunque, la conseguenza che produce sembra tanto generalizzata quanto inaccettabile.

Anche rispetto alla misura di cui si discute, la Consulta ha affermato che le si “deve riconoscer(e) natura amministrativa, posto che essa è subordinata alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 13, alla quale si dovrebbe comunque e certamente dare corso al termine dell'esecuzione della pena detentiva, venendo in tal modo solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni”⁸⁸⁹ e quindi ad essa non devono applicarsi, sia sul terreno sostanziale che su quello processuale, le garanzie stabilite per la pena⁸⁹⁰. Peraltro, al contrario di quanto accade oggi per il decreto di espulsione prefettizio, non è prevista alcuna verifica giurisdizionale in ordine all'esecuzione dell'espulsione : ed, allora, se l'espulsione ‘alternativa’ ha natura penale, vi sono gravi problemi di legittimità costituzionale legati principalmente alla funzione della pena, mentre se le si

⁸⁸⁷ Cass. Pen., sez. I, 7 maggio 2004, n. 31134, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1197 ss.

⁸⁸⁸ S. TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 303.

⁸⁸⁹ Corte cost., 15 luglio 2004, n. 226, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4 ss.

⁸⁹⁰ Per un vaglio delle pronunce della giurisprudenza ordinaria, che sembrano deporre in senso contrario, C. RENOLDI, *Recenti arresti giurisprudenziali in materia di espulsione come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 2, pp. 123-124.

riconosce natura amministrativa è necessario un giudizio di convalida, pena la sua incostituzionalità⁸⁹¹.

Ad ogni modo, anche all' ipotesi in questione, parte della dottrina riconosce la natura di "causa di sospensione ed estinzione della pena"⁸⁹².

Di certo, al di là del *nomen*, l'espulsione non ha nulla in comune con le misure alternative: l'automatismo applicativo ne contraddice ogni funzione di risocializzazione; è disposta senza il consenso del condannato; il carattere di misura favorevole è opinabile, perché taluni stranieri probabilmente preferirebbero la detenzione all'espulsione. Ulteriore elemento a sostegno di tale interpretazione è rinvenibile nella protrazione dello stato di detenzione fino all'acquisizione dei documenti di viaggio⁸⁹³, e dunque "sine titulo e sine die" in quanto dipende dalla solerzia dell'amministrazione⁸⁹⁴. Il possibile esito estintivo della pena - che viene diffusamente utilizzato come argomento per dedurre la natura di misura alternativa dell'espulsione - non è comunque legato ad un'avvenuta risocializzazione. L'unico fine della misura - così come nel caso della espulsione cd. sostitutiva - appare la deflazione carceraria.

Ad ogni modo, sul versante soggettivo, essa si differenzia rispetto all' 'espulsione sostitutiva' solo perché lo straniero deve essere identificato e detenuto: dallo *status* di detenuto viene escluso, ai fini dell'applicabilità dell'espulsione, chi è sottoposto a misura cautelare, a detenzione domiciliare⁸⁹⁵, chi è affidato in prova al servizio sociale o beneficia della liberazione condizionale, chi è in libertà controllata; viene invece incluso chi è

⁸⁹¹ S. CENTONZE, *Espulsione alternativa alla detenzione*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 729.

⁸⁹² S. TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, cit., p. 289.

⁸⁹³ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 338 ss.

⁸⁹⁴ S. CENTONZE, *Espulsione alternativa alla detenzione*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 723.

⁸⁹⁵ Per le ragioni della giurisprudenza circa l'incompatibilità tra detenzione domiciliare ed espulsione 'alternativa', sia in virtù della funzione di risocializzazione propria della detenzione domiciliare, che per l'inutilità in queste ipotesi dell'espulsione sotto il profilo della riduzione del sovraffollamento degli istituti di pena, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 336 s. Lo stesso Autore, tuttavia, obietta che anche la detenzione domiciliare, con i conseguenti controlli in relazione all'adempimento delle prescrizioni, rappresenti un esborso di risorse economiche ed organizzative evitabile.

in regime di semilibertà o di liberazione anticipata⁸⁹⁶ : differenziazioni che appaiono quantomeno discutibili. La *ratio* di tali distinzioni è stata rintracciata nel dato per cui “una misura alternativa alla detenzione prevista allo scopo di ridurre la popolazione carceraria, non è applicabile a soggetti che già si trovino ad espriare la pena con altre misure alternative quali ad esempio la detenzione domiciliare”⁸⁹⁷.

Un problema ancora aperto è quello relativo al rapporto tra detta espulsione e le ordinarie misure alternative alla detenzione.

E, tuttavia, preliminarmente, va osservato che una ulteriore questione che si rivela ancora oggi - nonostante le apparenze - molto problematica è quella relativa all'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari.

In passato, varie decisioni avevano negato l'applicabilità delle misure extramurarie alternative alla detenzione carceraria allo straniero non comunitario irregolarmente soggiornante⁸⁹⁸, in ragione della ritenuta ontologica incompatibilità tra dette misure e la presenza e quindi permanenza *contra legem* in Italia dello stesso. Al contrario, in altre pronunce⁸⁹⁹ - partendo da una valorizzazione della funzione costituzionale della pena e dal dato per cui la disciplina legislativa non contiene alcun espresso divieto di applicazione delle misure penitenziarie al condannato straniero - “si nega ogni rapporto d'inconciliabilità logica o giuridica tra espiazione penale esterna e l'eventuale

⁸⁹⁶ Sul punto, con molteplici riferimenti giurisprudenziali, S. TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, cit., p. 296 ss.

⁸⁹⁷ Cass. Pen., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 518, in *Cass. pen.*, 2005, 1, p. 182 ss. *Contra*, reputando l'espulsione una misura volta alla riduzione della presenza degli stranieri al di là dello stato di detenzione, Cass. Pen., sez. I, 7 maggio 2008, n. 20949, in *Cass. pen.*, 2009, 4, p. 1650 ss., secondo cui “l'espulsione dello straniero, quale misura alternativa prevista dall'art. 16, comma 5, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, come mod. dall'art. 15 l. 30 luglio 2002 n. 189, è preclusiva della valutazione nel merito di istanze di applicazione di altre misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario, quali ad esempio la detenzione domiciliare”.

⁸⁹⁸ Tra le altre, Cass. Pen., sez. I, 20 maggio 2003, n. 30130, in *Riv. pen.*, 2003, p. 697 ss.; Cass. Pen., sez. I, 5 giugno 2003, n. 29097, in *CED Cass.*, n. 225219.

⁸⁹⁹ Seppur timidamente, tra le altre, Cass. Pen., sez. I, 14 dicembre 2004, n. 782, in *C.E.D. Cass.*, n. 230586, secondo cui “la condizione di straniero privo di permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, atteso che tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto (e quindi controllabile) ed in considerazione del fatto che l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina”; analogamente, Cass. Pen., sez. I, 18 ottobre 2005, n. 42234, in *CED Cass.*, n. 232741.

condizione di espulso o espellendo del condannato (poiché l'espiazione della pena rappresenterebbe essa stessa il titolo che, sospendendo l'irrogazione o l'esecuzione dell'espulsione amministrativa, legittimerebbe la temporanea presenza dello straniero irregolare in territorio italiano), e si abbraccia un concetto di reinserimento e recupero sociale sistematicamente ampio ed inclusivo, nel settore penale, dei condannati extracomunitari⁹⁰⁰.

Le sezioni unite della Cassazione nel 2006 avevano affermato che “in materia di esecuzione della pena, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie l'affidamento in prova al servizio sociale), possono essere, qualora ricorrano le condizioni stabilite dall'ordinamento penitenziario, applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno⁹⁰¹. Le Sezioni unite rilevavano che nel vigente sistema di esecuzione penale non esiste né è desumibile, pena la violazione dei principi costituzionali d'uguaglianza e di finalità rieducativa della pena, una sorta di regime speciale deteriore, che riguardi un'intera categoria di soggetti, gli stranieri clandestini o comunque irregolari, e che soluzioni predeterminate astratte o presunzioni di pericolosità non sono ammissibili. D'altronde, sarebbe proprio la condanna penale, col provvedimento del tribunale di sorveglianza che ne fissa le modalità d'esecuzione in forma alternativa al carcere, a costituire titolo idoneo a giustificare la permanenza (sospendendo l'efficacia dell'espulsione amministrativa altrimenti decretata) ed un eventuale attività lavorativa dello straniero, anche con modalità derogatorie alla normativa restrittiva vigente in quest'ultima materia⁹⁰².

⁹⁰⁰ F. CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 3123 s.; Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2005, n. 22161, in *CED Cass.*, 2005, secondo cui “le misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario hanno diretto fondamento costituzionale nella funzione rieducativa della pena e pertanto, in assenza di un espresso divieto di legge, possono essere applicate in linea generale anche allo straniero extracomunitario raggiunto dal decreto prefettizio di espulsione. In tal caso, l'espiazione della pena, pur nelle forme alternative alla detenzione carceraria, sospende l'esecuzione dell'espulsione amministrativa e costituisce, essa stessa, il titolo giustificativo della presenza dello straniero nel territorio nazionale”.

⁹⁰¹ Cass. Pen., sez. un., 28 marzo 2006, n. 14500, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3120 ss.

⁹⁰² Per la ricostruzione dell'iter giurisprudenziale, F. CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, cit.; in generale, sul tema, C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di*

Ciò purtroppo non significa che la sentenza possa mutare lo *status* del clandestino; ed, infatti è stato rilevato che «il giudice non può rilasciare, per via indiretta e obliqua, un permesso di soggiorno “atipico”, che regolarizzi a tutti gli effetti la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato. (...) In verità, la permanenza finalizzata all'espiazione di una pena (tale rimane la sanzione alternativa) è ben diversa dalla permanenza regolare *tout-court*. La diversità emerge con molta evidenza in ciò: che, venuta meno la finalità temporanea dell'affidamento, la residenza dello straniero nel territorio dello Stato continua ad essere irregolare e clandestina. Se così non fosse, non si potrebbe spiegare perché mai dopo l'espiazione della pena nella forma alternativa, è pur sempre prevista l'espulsione amministrativa, la quale presuppone necessariamente, com'è ovvio, l'irregolarità dell'immigrazione e della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato. Si può dire dunque che, nel caso di affidamento in prova ai servizi sociali, si avrebbe una regolarizzazione finalizzata e transeunte, che non diverrebbe uno *status*»⁹⁰³. E, tra l'altro, si sottolinea che tale regolarizzazione - oltre che definita spazialmente e temporalmente - ha anche uno spettro d'incidenza ristretto : così, in effetti, “l'affidamento in prova al servizio sociale e le altre misure alternative extramurarie potranno essere utilmente applicate, quando sussistano i presupposti extrapenalistici di un percorso rieducativo *in loco*. In questo caso, con la regolarizzazione (della residenza del reo, soggetto ad espulsione dopo l'espiazione della pena) operata dal giudice, ancorché ristretta entro i limiti della finalità sanzionatoria, vengono integrati tutti i presupposti del percorso rieducativo. Negli altri casi, il percorso rieducativo è minato *ab origine* dalla mancanza dei requisiti extrapenalistici e il giudice di sorveglianza opererà per l'espulsione immediata, piuttosto che per quella inutilmente differita”⁹⁰⁴ : scelta di tutta evidenza ampiamente discrezionale.

clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?, in *Dir. imm. citt.*, 2004, p. 87.

⁹⁰³ HAYO ALI' ABUKAR, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto della regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 3127 s.

⁹⁰⁴ HAYO ALI' ABUKAR, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto della regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 3129.

Sul punto, è infine intervenuta la Corte costituzionale, che - confermando la scelta delle Sezioni Unite - ha dichiarato l' illegittimità, per contrasto con i principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, degli artt. 47, 48 e 50 l. n. 354 /1975, ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste : la Corte ha ritenuto in contrasto con gli indicati principi costituzionali la configurazione di una preclusione assoluta alla fruizione delle misure alternative alla detenzione collegata ad una condizione soggettiva - ossia la mancanza di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato - che di per sé non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima.⁹⁰⁵

Peraltro, a chi si chiedeva che senso ha risocializzare per poi espellere, la Cassazione aveva già risposto - adottando una visione transnazionale del concetto di reinserimento sociale - che “nel mondo contemporaneo, caratterizzato dalla tendenza alla riduzione delle barriere internazionali, la collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale non può essere ridotta all'attività repressiva, ma deve estendersi a quella di prevenzione speciale, diretta al recupero sociale del reo. In questa prospettiva, la risocializzazione del condannato non può assumere una dimensione ristretta all'ambito dei nostri confini nazionali. Pertanto, la finalità di reinserimento deve ritenersi perseguita e perseguibile anche se il soggetto, per effetto dell'ordine di espulsione dal nostro Stato, dovrà, a pena espiata, essere inserito in un contesto sociale relativo ad altro Stato. Il reinserimento sociale va, infatti, inteso in senso sovranazionale, poiché ciò che importa non è tanto l'ambito territoriale della società nella quale verrà operato il tentativo di reinserimento del soggetto, quanto che questi, dimostrandosi idoneo al trattamento

⁹⁰⁵ Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, cit.

rieducativo, appaia suscettibile di recupero sociale nel contesto del consorzio civile, quale elemento dell'intera comunità internazionale”⁹⁰⁶.

Tale posizione sembra, peraltro, confermata dall'art. 1 co. 2 l. n. 354/ 1975 (legge sull'ordinamento penitenziario), secondo cui il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose, e dall'art. 2 co. 5 t.u., secondo cui allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge.

Appurata l'ammissibilità dell'accesso dello straniero alle misure alternative “ordinarie”, va analizzato il rapporto di queste con l'espulsione a titolo di sanzione alternativa. Ebbene, posto che questa relazione ad oggi non appare ancora chiara, vi è chi afferma che “lo straniero irregolare condannato potrà di per sé accedere ad ogni misura alternativa, dovendo però essere espulso quando gli resterà da espiare una pena detentiva non superiore a due anni, sempre che in quel momento egli non si trovi in stato di detenzione”, così riconoscendosi un carattere automatico ed obbligatorio della espulsione cd. alternativa⁹⁰⁷; altri ritengono che in assenza dei presupposti per accedere alle misure alternative, vada disposta l'espulsione piuttosto che perpetuare la permanenza in carcere⁹⁰⁸; addirittura, la Cassazione, in una recente pronuncia, ha affermato che lo straniero che versi nelle condizioni di legge per poter usufruire della espulsione *ex art. 16 co. 5* è titolare di un diritto ad essere

⁹⁰⁶ Cass. Pen., sez. I, 9 maggio 2006, n. 21836, in *CED Cass. pen.*, 2006.

⁹⁰⁷ S. TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 295. L'Autore, peraltro, è consapevole che un'opzione siffatta ridurrebbe il trattamento rieducativo ad un mero dovere formale; per queste ragioni, al termine del proprio lavoro, sottolinea che - fuori da ogni ipocrisia - o va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'espulsione cd. alternativa; o va riconosciuto che - prevalendo le esigenze espulsive - le misure alternative non sono strumenti posti a tutela della dignità della persona, e della finalità rieducativa della pena. Così, anche C. RENOLDI, *Recenti arresti giurisprudenziali in materia di espulsione come sanzione alternativa alla detenzione*, cit., p. 119, secondo cui “in presenza dei requisiti di legge, infatti, il magistrato di sorveglianza deve disporre l'espulsione, essendogli precluso ogni concreto apprezzamento sull'opportunità, meritevolezza o comunque ‘giustizia’ di quella soluzione”.

⁹⁰⁸ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 358.

espulso, con esclusione di qualsivoglia potere discrezionale da parte del giudice del merito circa la concedibilità della stessa o del potere del p.m. di rilasciare il nulla osta all'emissione del relativo provvedimento⁹⁰⁹.

A parere di chi scrive, l'inviolabilità dei principi costituzionali obbliga a ritenere prevalente l'applicazione delle misure alternative ordinarie rispetto all'espulsione, e - in assenza dei requisiti per l'operatività delle misure alternative - a rimettere all'interessato la scelta tra espulsione o permanenza in carcere. Anzi, sarebbe addirittura più ragionevole, in quest'ultima ipotesi, l'obbligo di permanenza in carcere : ciò sia per abbandonare l'idea che i problemi si superino attraverso le espulsioni, che per garantire la certezza del diritto; ma, ovviamente, una proposta siffatta - come si cercherà di illustrare nel prossimo capitolo - necessiterebbe di un ripensamento dell'intero sistema che regola la condizione degli stranieri. La questione reale sembra essere quella relativa all'ammissibilità dell'espulsione di chi sia stato risocializzato ed in generale, alla "giustizia dell'espulsione in un sistema in cui la pena ha finalità rieducativa"⁹¹⁰ : la sua ineluttabilità, infatti, potrebbe avere addirittura effetti desocializzanti.

Nonostante le evoluzioni giurisprudenziali descritte, ad ogni modo, non può fingersi che nella realtà non continuino ad esservi preclusioni informali tali da escludere l'extracomunitario irregolare dalla fruizione di benefici extramurari e da ricondurlo all'alternativa carcere-espulsione⁹¹¹.

⁹⁰⁹ Così, Cass. Pen., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 10752, in *Riv. pen.*, 2009, 6, p. 676 ss.

⁹¹⁰ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 352.

⁹¹¹ Cfr., ad es., nella giurisprudenza meno recente, Cass. Pen., sez. I, 5 dicembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 554 ss., secondo cui "ai fini della liberazione condizionale (...) la mancata indicazione della residenza non preclude la ammissibilità dell'istanza, anche nei confronti di uno straniero nei cui confronti sono prospettabili solo difficoltà, e non impossibilità, nella concreta applicazione della obbligatoria misura di sicurezza, in quanto può sempre essere determinato un collegamento tra l'interessato ed il territorio nazionale, se non altro in relazione al comune ove si trova l'istituto penitenziario. Ciò non esclude però che il rifiuto di indicare un luogo di residenza nel territorio nazionale tanto più se accompagnato da altri dati, possa essere preso in considerazione, anche come preventiva manifestazione della volontà di non adempiere agli obblighi inerenti alla libertà vigilata, come elemento negativo, da valutare con tutte le altre circostanze, ai fini del giudizio di sicuro ravvedimento".

3. Cenni intorno ad alcuni profili processuali

Non vi è dubbio che in via di principio le garanzie dell'*habeas corpus* inclusivo della riserva di giurisdizione (art. 13 Cost.), del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e, più in generale, della tutela giurisdizionale (artt. 111 e 113 Cost.) non siano circoscritte ai soli "cittadini"⁹¹²: il problema, tuttavia, non è di titolarità, quanto di effettivo godimento⁹¹³.

Le stesse distorsioni, mancanze di garanzie e riduzioni di diritti che si rintracciano sul piano sostanziale per i migranti irregolari sono altresì rinvenibili sul piano processuale: "diritto e processo concorrono in modo

⁹¹² In proposito, v. A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 41: "E' inutile, ad esempio, andare alla ricerca della norma comunitaria capace di giustificare le misure legislative interne lesive delle garanzie giurisdizionali dello straniero: nel loro nucleo essenziale, esse operano come controlimiti alle fonti CE. E' altrettanto inutile, per lo stesso fine, andare alla ricerca della norma abilitante di un accordo bilaterale o di un trattato internazionale: come insegnano le sentenze n. 348 e n. 349/2007 gli obblighi internazionali (anche pattizi), prima di operare come vincolo legislativo, devono comunque superare un previo scrutinio di legittimità alla luce di qualsiasi norma costituzionale (e qui si tratta addirittura di principi supremi). Infine, essendo in gioco principi supremi del nostro ordinamento, si rivela fuorviante l'argomento comparatistico, che assume come fattore rassicurante l'esistenza di scelte normative analoghe in altri ordinamenti. Ecco perché i nodi (in)costituzionali fin qui illustrati, prima o poi, dovranno pur venire al pettine. A condizione, naturalmente, che un pettine ci sia".

⁹¹³ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 3. Lo stesso Autore, peraltro, non manca di segnalare il fatto che questa idea non sia diffusa; ed, infatti, afferma che «la più recente testimonianza di ciò è offerta dalla indagine sociologica di Marzio Barbagli, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, dove si scarica sulla sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale la responsabilità di aver inceppato l'altrimenti efficiente meccanismo espulsivo della legge Bossi-Fini. Non è un caso isolato: anni fa, ragionando sui possibili rimedi all'ingresso continuo nel nostro territorio di immigrati (che, "specie se clandestini, sono indubbiamente più pericolosi degli italiani", come tiene a informarci, a giorni alterni, Luca Ricolfi) Giovanni Sartori avanzava la proposta "di far capo a una *fictio iuris*. Questa: che il clandestino non entra in Italia finché non viene ammesso legalmente. Fino a quel momento il fatto che i suoi piedi camminino sul suolo italiano non ha nessun rilievo giuridico. Fino a quel momento è come se non fosse in Italia". Qui ad essere revocata allo straniero non è l'effettivo godimento ma, prima ancora, la stessa titolarità formale dei diritti costituzionali fondamentali. "Diritti umani? Ma se quelli non sanno neanche di averli!", chioserebbe Altan. Sono tutti esempi di una *doxa* oramai dominante: la tutela giurisdizionale dello straniero come pietra d'inciampo, come incombenza da eludere perché d'intralcio alle espulsioni e ai respingimenti dal territorio nazionale, autentico *archè* dell'ordinamento di polizia dell'immigrazione irregolare e clandestina. Ecco perché, anche quando costretto ad intervenire sui meccanismi di garanzia, il legislatore ordinario si limita alla crosta della tutela giurisdizionale» (*ivi*, p. 14).

unitario a fondare un sistema speciale dell'immigrazione, in cui è agevole rivivere canoni e fobie della legislazione emergenziale⁹¹⁴. Tale microsistema si caratterizza per una forte disorganicità e per l'estemporaneità, frettolosità e spesso scarsa qualità tecnica degli interventi legislativi che continuano a susseguirsi⁹¹⁵.

“La questione dell'immigrazione viene impostata come tema e problema di ordine pubblico, che, in quanto tale, sembrerebbe giustificare la compromissione delle indicate garanzie costituzionali, fra cui, in particolare, quelle recentemente inserite con l'art. 111 Cost.”⁹¹⁶ Ma “ il mutato contesto socio-economico dei nostri tempi, in cui la temporaneità del rapporto tra Stato e straniero lascia sempre più spazio alla stabilità della permanenza del migrante giunto in Italia alla ricerca di condizioni di vita maggiormente dignitose” impone una diversa lettura degli strappi e delle “scorciatoie introdotti dal legislatore nel trattamento processuale del migrante clandestino, per valutarne la compatibilità con il dato costituzionale e, in particolare, con le regole del giusto processo cristallizzate nell'art. 111 Cost. novellato, consapevoli dell'esigenza di evidenziare i punti di maggiore criticità della disciplina *de qua*, riconducibile fondamentalmente a due moduli procedimentali: a) il modulo funzionale all'allontanamento dal territorio dello Stato del migrante clandestino; b) il modulo acceleratorio obbligatorio”⁹¹⁷.

Non è questa la sede per un'analisi dettagliata degli istituti processuali, di cui non si potrà che tratteggiare un mero andamento tendenziale.

Va, anzitutto, rilevato che tutto il sistema è rivolto all'espulsione, e sia gli istituti sostanziali che quelli processuali tendono a questo obiettivo; attenta dottrina sintetizza una tale politica nel motto “purché se ne vadano”: «Alcune prove sono evidenti. Prima su tutte la bulimia nel ricorso alla misura dell'espulsione, declinata nel testo unico sull'immigrazione in tutte le sue

⁹¹⁴ L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 152.

⁹¹⁵ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 50.

⁹¹⁶ A. STILE, *Espulsione dello straniero e processo penale*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, p. 1342.

⁹¹⁷ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8- All.1, p. 51 s.

possibili ed immaginabili varianti giuridiche. Quanto ai soggetti che possono disporla: ministeriale, prefettizia, giudiziale (incluso ora anche il giudice di pace). Quanto alla sua natura giuridica: espulsione quale misura di sicurezza o misura di prevenzione, espulsione a titolo di sanzione alternativa o di sanzione sostitutiva alla detenzione, infine quale causa di non procedibilità. Quanto alle finalità perseguite attraverso il meccanismo espulsivo: motivi di prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza dello Stato, tutela della regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale, tutela dei beni giuridici lesi o messi a repentaglio da condotte penalmente rilevanti dello straniero espulso, ragioni connesse ad esigenze di deflazione carceraria. Insomma, siamo davanti ad una fornitissima cassetta degli attrezzi sempre pronta all'uso: non resta che l'imbarazzo della scelta. C'è una seconda prova evidente: l'accompagnamento coattivo elevato a regola per l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero. Tra le modalità possibili, la scelta non è caduta sul foglio di via obbligatorio, né sull'intimazione a lasciare il territorio nazionale entro una certa data, bensì sul ricorso alla forza pubblica che preleva lo straniero e lo accompagna al valico di frontiera. Il motivo dell'opzione è evidente: garantire il massimo di effettività possibile al provvedimento espulsivo, anche al costo di una coercizione della libertà personale dell'immigrato. Una terza prova sta tutta negli incontrollati *tic* linguistici riscontrabili all'interno del testo unico sull'immigrazione, chiarissimi nel rivelare l'intenzione profonda del legislatore. Qualche esempio? L'affermazione, tanto perentoria quanto tutta declamatoria, secondo cui il decreto espulsivo è "in ogni caso disposto con decreto [...] immediatamente esecutivo", anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato. Il fraseggio che descrive l'ipotesi di espulsione a titolo di misura di sicurezza come fosse un automatismo quando, invece, presuppone necessariamente un accertamento, caso per caso, della pericolosità sociale del soggetto con decreto motivato del giudice. La rinnovata denominazione dei centri di trattenimento - introdotta addirittura mediante decretazione d'urgenza pur in assenza palese dei relativi presupposti costituzionali - ora di "identificazione ed espulsione", quasi a scolpirne sullo stipite d'ingresso il destino segnato dei loro reclusi. Infine il rincorrersi ossessivo, quasi

compulsivo, all'interno del testo unico di parole come espulsione, respingimento, allontanamento, rimpatrio»⁹¹⁸. A ciò, secondo l'Autore, andrebbe aggiunta la marcata artificialità dei reati che colpiscono gli immigrati, perché posti non a tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, ma semmai "in funzione sussidiaria" ai provvedimenti connessi all'allontanamento dello straniero, secondo una logica di asservimento del diritto penale all'attività amministrativa.

Conformemente a tale impostazione vengono plasmati gli istituti processuali.

Problematiche appaiono, in particolare, le ipotesi in cui è previsto l'arresto obbligatorio anche fuori dai casi di flagranza di reato⁹¹⁹, segnatamente per alcuni reati propri (v. artt. 12 co. 4, 13 co. 13 *ter* t.u., nonché gli artt. 235 e 312 c.p.). Tuttavia, sul punto, la Consulta, già chiamata a pronunciarsi, ha affermato che "il rapporto tra l'arresto obbligatorio e la tenuità della pena edittale è demandato alla scelta di politica criminale di prevenzione sociale operata dal legislatore, che ha ritenuto di dover prescindere dall'entità obiettiva del reato e della pena edittale, tenendo in maggior conto, invece, le complessive esigenze di tutela della collettività che possono essere assicurate attraverso le misure in discussione"⁹²⁰.

D'altro canto, anche per quanto riguarda l'arresto facoltativo, va osservato che esso tende a colpire selettivamente coloro che sono ritenuti appartenere a "classi pericolose", e tra questi sicuramente i migranti irregolari, reputati gli oziosi e i vagabondi contemporanei, la cui semplice presenza è associata al degrado ed alla criminalità⁹²¹.

Peraltro, frequente è il binomio arresto obbligatorio in assenza di flagranza-doverosità del giudizio direttissimo. A questo binomio si connette,

⁹¹⁸ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 6 ss.

⁹¹⁹ Per un *excursus* storico sulla disciplina dell'arresto in queste ipotesi, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 307 ss.

⁹²⁰ Corte Cost., 27 giugno 2008, n. 236, in *Foro it.*, 2008, 10, I, c. 2738 ss.

⁹²¹ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose: sottosistema penale di polizia ed immigrati*, in *Dei delitti e delle pene*, 2003, 1, p. 183 ss.

indirettamente ma immediatamente, l'applicabilità di misure cautelari ai sensi dell'art. 391 co. 5 c.p.p.⁹²².

Abusato è altresì il ricorso al rito direttissimo (ad esempio, art. 13 co. 13 *ter* t.u., artt. 235 e 312 c.p.), espressione di una volontà di velocizzare i tempi processuali per giungere celermente all'espulsione dell'extracomunitario cui - nonostante le chiare ed avverse posizioni espresse dalla Consulta in proposito - il processo è meramente strumentale : peraltro, in questa materia, si introducono nuove forme atipiche⁹²³ ed automatiche di rito direttissimo svincolate dalla “non necessità di speciali indagini”⁹²⁴ e dalla sussistenza di

⁹²² Secondo cui “se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, il giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'articolo 291. Quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'articolo 381, comma 2, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280”.

⁹²³ Sul dibattito relativo al se l'atipicità investa non solo i presupposti, ma anche le condizioni - ossia le modalità e i termini - previsti ordinariamente, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 309 ss. L'Autore, peraltro, segnala una pronuncia della Cassazione, secondo cui “l'obbligatorietà del giudizio direttissimo imposta dall'art. 10 c. 4 legge 6.3.1998 n. 40, salvo il caso di necessità di particolari indagini, comporta che qualora tale necessità non si profili si debba ‘comunque’ procedere con rito direttissimo, anche se siano decorsi i termini previsti dall'art. 449 c.p.p. per la instaurazione del rito speciale. Tale interpretazione, conseguente al dettato letterale della norma, corrisponde alla *ratio* della norma medesima, tesa a garantire la rapida definizione dei procedimenti nella materia considerata, intento che verrebbe frustrato se si consentisse al pubblico ministero di eludere la disposizione con il mancato rispetto dei termini altrimenti previsti per l'instaurazione del giudizio direttissimo” (Cass. Pen., sez. I, 23 marzo 2000, n. 2161, in *CED Cass.*, 2000). Il *vulnus* alle garanzie difensive appare evidente.

⁹²⁴ Circa i riti direttissimi atipici era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, sulla base del dato per cui «il rito direttissimo si caratterizza “per una notevole compressione, rispetto ai riti ordinari, della dimensione temporale e procedimentale delle garanzie difensive”»: sia in quanto l'esercizio dell'azione penale è disposto senza previo invio dell'avviso di conclusione delle indagini; sia in quanto non è prevista l'udienza preliminare ed il termine a comparire è di soli tre giorni; potrebbero ritenersi compatibili con i principi costituzionali delle modalità procedimentali di instaurazione di tale rito speciale, diverse da quelle “ordinarie” o anche da quelle previste per le ipotesi di giudizio direttissimo “tipico” di cui all'art. 449 cod. proc. pen., solo “laddove il venire meno di talune garanzie appaia compensato da un ampliamento di altre o dalla ricorrenza di presupposti che evidenzino la minore necessità di tali garanzie”»; e, tuttavia, la Consulta, con sent. 12 giugno 2007, n. 187, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3 ss., ha giudicato «manifestamente inammissibile, per inesatta identificazione della norma oggetto di censura, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 233 delle norme di attuazione c.p.p., censurato, in riferimento agli artt. 3 comma 1, 24 comma 2 e 111 comma 2 cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione della Corte di cassazione, costituente “diritto vivente”, consente al p.m. di procedere a giudizio direttissimo per i reati concernenti armi ed

un'evidenza probatoria⁹²⁵. La portata dirompente di tali previsioni emerge se si pone mente al fatto che già normalmente il rito direttissimo - che si propone di dare una risposta immediata a certe forme di criminalità frequenti, ma di modesta gravità - ha ad oggetto fatti che denotano situazioni di disagio sociale⁹²⁶. In più, va osservato che “la prospettata atipicità del giudizio direttissimo per le fattispecie in esame deve peraltro fare i conti con il mutato assetto codicistico indotto dalla l. 125/2008, che ha trasformato in obbligatorio - almeno sulla carta - il giudizio direttissimo tipico nei confronti dell'arrestato in flagranza (o di chi abbia reso confessione), salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini (art. 449 commi 4 e 5 c.p.p.)”⁹²⁷.

Problematica risulta pure la previsione della presentazione immediata a giudizio dinanzi al giudice di pace anche con citazione contestuale (artt. 10 *bis* e 14 co. 5 *quinquies* t.u.), con possibilità di “non luogo a procedere” in caso di espulsione amministrativa⁹²⁸. Qui è richiesta o la flagranza o l'evidenza della prova, mutuando la disciplina in parte dal rito direttissimo ed in parte dal giudizio immediato, onde evitare “vuoti di tutela”; ma poiché innanzi al giudice di pace non è prevista l'udienza preliminare, è palese che

esplosivi anche fuori dei modi previsti dall'art. 449 c.p.p. Infatti, il rimettente sottopone a scrutinio una norma inconferente rispetto all'oggetto delle proprie doglianze, giacché l'art. 233 comma 2, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sent. n. 68 del 1991, e la norma che ha reintrodotto il giudizio direttissimo per i reati concernenti le armi e gli esplosivi (art. 12 *bis* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv., con modificazioni, in l. 7 agosto 1992 n. 356) reca una previsione non identica a quella della norma censurata, prevedendosi che, per tali reati, il p.m. procede al giudizio direttissimo anche fuori dei casi previsti dagli art. 449 e 558 c.p.p., solo alla condizione che non “siano necessarie speciali indagini”».

⁹²⁵ L'unica deroga è prevista allorché “il giudice del dibattimento, investito della convalida dell'arresto e del contestuale giudizio direttissimo di un cittadino straniero che non comprende la lingua italiana, si sia trovato nell'impossibilità di procedere, a causa della irreperibilità di un interprete”; in tal caso, “deve restituire gli atti al P.M., perché proceda nelle forme ordinarie, anche relativamente alla richiesta di convalida” (così, Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 10517, in *Cass. pen.*, 2008, 1, p. 235 ss.).

⁹²⁶ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose : sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 158 s.

⁹²⁷ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 55 s.

⁹²⁸ Per le modalità di svolgimento di tale giudizio, v. l'art. 32 *bis* d. lgs. 274/2000; per i casi di archiviazione “*sui generis*”, v. l'art. 20 *bis* d. lgs. cit. Per un primo commento, D. CULTRERA, *Il nuovo rito penale innanzi al giudice di pace introdotto dalla l. n. 94/2009: gli artt. 20 bis, 20 ter e 32 bis d. lg. 274/2000*, in *il Giudice di pace*, 2009, 4, p. 352 ss.

l'accelerazione attiene ai tempi della citazione a giudizio⁹²⁹. La sequenza si articola in due *sub*-procedimenti, di competenza del giudice di pace, descritti rispettivamente dagli artt. 20-*bis* e 20-*ter* d.lgs. n. 274/2000. Come anticipato, si tratta di un rito celere articolato in due varianti modellate sul giudizio immediato e su quello direttissimo davanti al giudice ordinario : la presentazione immediata a giudizio dell'imputato in casi particolari (art. 20 *bis*) e la citazione contestuale in udienza dell'imputato in casi particolari (art. 20 *ter*). Particolarmente abbreviati appaiono i tempi processuali - nonché gli eventuali termini a difesa - in caso di citazione contestuale in udienza *ex art. 20 ter*.

“Il giudice di pace, oggi, risulta titolare di una competenza allargata e completa in materia di espulsione, accompagnamento coattivo, trattenimento e reato di immigrazione clandestina”⁹³⁰. Il procedimento dinanzi al giudice di pace accentua, in materia di immigrazione, i connotati repressivi anche in ragione dell'inapplicabilità delle definizioni alternative del giudizio di carattere *soft*, tipiche di questo modello processuale; ed, infatti, non si vede come possa

⁹²⁹ C. CAZZELLA, *Il processo ai clandestini avanti al giudice di pace*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 477.

⁹³⁰ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 34. In proposito, v. Corte cost., 17 marzo 2006, n. 109, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2 ss., che ha ritenuto “manifestamente inammissibile, in riferimento agli art. 2, 3, 13 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, il quale attribuisce al giudice di pace la competenza a convalidare il provvedimento di accompagnamento alla frontiera adottato nei confronti degli stranieri extracomunitari, in asserito contrasto con l'art. 2, comma 1, lettere b) e c), d. lg. 28 agosto 2000 n. 274, in virtù del quale è sottratta al giudice di pace la competenza a pronunciarsi in materia di restrizione della libertà personale di qualsivoglia soggetto sia esso cittadino italiano o extracomunitario. Per un verso, infatti, il rimettente omette di motivare sulla non manifesta infondatezza della questione; per altro verso, il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo* è implausibile, giacché il provvedimento di accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica, sebbene inerisca alla materia regolata dall'art. 13 Cost., costituisce pur sempre una modalità esecutiva, adottata dall'autorità di pubblica sicurezza, dell'espulsione amministrativa e non può, dunque, per natura e funzione, essere assimilato alle misure precautelari e cautelari penali che, in base alle citate lettere b) e c) dell'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 274 del 2000, restano escluse dalla competenza del giudice di pace in materia penale; per altro verso ancora, la scelta di attribuire al giudice di pace la competenza sul giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera rientra comunque nell'esercizio, non arbitrario o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa, mentre prematura e ipotetica è la censura rivolta all'art. 13 d. lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui è previsto il ricorso in Cassazione senza la sospensione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera”.

aver luogo, in queste ipotesi, una riparazione del danno mediante le restituzioni o il risarcimento e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; né la particolare tenuità del fatto in ragione dell'esiguità del danno appare applicabile a condotte in relazione alle quali non sussiste graduabilità di disvalore (come, ad esempio, quella di cui all'art. 10 *bis* t.u.)⁹³¹. Peraltro, sull'indipendenza ed autonomia del giudice di pace nei giudizi concernenti trattenimenti ed espulsioni, come già anticipato, parte della dottrina nutre dubbi⁹³².

La stessa esigenza di celerità, a discapito delle garanzie, ispira l'art. 62 *bis* d. lgs. 274/2000, che espressamente deroga all'art. 62.

In virtù di simili ragioni, inoltre, l'art. 2 *bis* l. n. 125/2008 (cd. Pacchetto sicurezza) ha previsto che “nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata la priorità assoluta (...) b) ai processi relativi ai delitti di cui al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (...) f) ai processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato”.

Va altresì osservato che, per quanto concerne in particolare i processi a carico degli extracomunitari per reati comuni, questi si svolgono essenzialmente attraverso riti alternativi (rito abbreviato, immediato, per direttissima ecc.) che consentono di fondare la decisione sui meri atti di polizia, verbali di arresto, sommarie informazioni⁹³³. Tali atti, supportati “dal quadro simbolico offerto dagli stereotipi criminali circolanti”, finisce con lo svuotare la funzione cognitiva del processo⁹³⁴. Altre tipologie di riti alternativi, come il

⁹³¹ In proposito, ampiamente, C. CAZZELLA, *Il processo ai clandestini avanti al giudice di pace*, in S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 472 ss.

⁹³² Diffusamente, P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., p. 94 s.

⁹³³ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose: sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 182 ss.

⁹³⁴ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose: sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 209.

patteggiamento, invece, vedono uno scarsissimo potere contrattuale del migrante⁹³⁵.

Altra questione problematica è quella del nulla osta all'espulsione. Esso era inizialmente previsto all' art. 13 co. 3⁹³⁶ e 3 *ter* t.u.⁹³⁷, nel caso in cui lo straniero fosse sottoposto a procedimento penale, o nel caso di arresto in flagranza o di fermo (co. 3 *bis*)⁹³⁸. Era ed è poi prevista una “sorta di ‘silenzio-assenso’, per la verità piuttosto inconsueto nel panorama dei poteri normalmente attribuiti agli organi giurisdizionali dall'ordinamento”⁹³⁹ : il nulla osta, infatti, si intende concesso se l'autorità giudiziaria non provvede nei sette giorni dalla ricezione della richiesta. Ad ogni modo, con il tempo, l'istituto ha notevolmente ampliato il proprio raggio d'azione : con l'abrogazione del comma 3 *sexies* dell'art. 13 t.u. - avvenuta nel 2005 - non sussistono più ipotesi preclusive all'adozione del nulla osta, con totale soccombenza in questi casi delle esigenze di accertamento processuale. La logica dell'allontanamento prevale sull'accertamento giurisdizionale, dunque, anche in relazione a reati stimati dal legislatore particolarmente gravi (come quelli di cui all'art. 407 co. 2

⁹³⁵ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose : sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 213.

⁹³⁶ Se ne riporta il testo per comodità del lettore : “Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa”.

⁹³⁷ “Le disposizioni di cui al comma 3 si applicano anche allo straniero sottoposto a procedimento penale, dopo che sia stata revocata o dichiarata estinta per qualsiasi ragione la misura della custodia cautelare in carcere applicata nei suoi confronti. Il giudice, con lo stesso provvedimento con il quale revoca o dichiara l'estinzione della misura, decide sul rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione. Il provvedimento è immediatamente comunicato al questore”.

⁹³⁸ Per cui “nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato ai sensi del comma 3”.

⁹³⁹ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 52.

lett. a) c.p.p.) o di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 t.u.)⁹⁴⁰.

Adirittura, secondo l'art. 14 co. 5 *sexies* t.u., nonché secondo il co. 1 *bis* come novellato⁹⁴¹, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi dei commi 5-*ter* e 5-*quater*, non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 co. 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato; il questore deve solo comunicare l'avvenuta esecuzione dell'espulsione all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Similmente, il co. 4 dell'art. 10 *bis* t.u. prevede che, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1, non sia richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 co. 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato; il questore deve solo comunicare l'avvenuta esecuzione dell'espulsione, ovvero del respingimento di cui all'articolo 10 co. 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. In queste ultime ipotesi, dunque, è prevista una forma di espulsione automatica, senza controllo dell'autorità giudiziaria, scaricandosi sulla denuncia un "intrinseco e qualificante carattere probante"⁹⁴²: va ribadito, dunque, che in rapporto ai reati commessi da stranieri la denuncia ha subito una vera e propria mutazione ontologica.

Anche il nulla osta ha sostanzialmente modificato la propria funzione, oltre che la propria ampiezza : infatti, mentre, «nel T.U. del 1998 si faceva genericamente e semplicemente riferimento all'insussistenza di "inderogabili esigenze processuali", variamente interpretate dalla giurisprudenza e ricondotte dalla dottrina alle "esigenze presenti e future del procedimento penale", le inderogabili situazioni processuali sono rapportate dal 2002 alla necessità di

⁹⁴⁰ Peraltro, il delitto di cui all'art. 12 co. 3 t.u. è andato ad incrementare l'elenco di delitti che - ai sensi dell'art. 407 co. 2 c.p.p. - hanno un termine di durata massima delle indagini preliminari biennale.

⁹⁴¹ Se ne riporta, per comodità del lettore, il testo, secondo cui "il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Qualora non sia possibile l'accompagnamento immediato alla frontiera, con le modalità di cui all'articolo 13, comma 3, il questore provvede ai sensi dei commi 1 o 5 *bis* del presente articolo".

⁹⁴² C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 224.

accertare la responsabilità di altri imputati o alla tutela degli interessi della persona offesa»⁹⁴³.

Così, da un lato, il ridimensionamento delle condizioni ostative alla richiesta del nulla osta lasciano emergere il *favor* assoluto verso l'espulsione⁹⁴⁴; dall'altro, la mancata concessione del nulla osta solo laddove lo straniero "serva" al processo penale lascia sullo sfondo le esigenze della sua difesa⁹⁴⁵. Per di più, la facoltà di rientro in Italia per l'esercizio del diritto di difesa *ex art. 17 t.u.* - che comunque delegherebbe la tutela dei diritti fondamentali, e in particolare del diritto di difesa, preclusa in via preventiva, ad un istituto destinato ad operare in via successiva⁹⁴⁶ - sembra davvero scarsamente praticata e praticabile, in quanto resa di fatto impossibile dall'insufficienza di mezzi economici dell'interessato⁹⁴⁷ : proprio per questo,

⁹⁴³ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 52 s.

⁹⁴⁴ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 287 ss. L'Autore segnala, ad esempio, che il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 13 t.u. prevede che "nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato ai sensi del comma 3". Tale previsione è meno ampia rispetto alla formulazione previgente che si riferiva alla misura cautelare detentiva, dunque comprensiva anche degli arresti domiciliari.

⁹⁴⁵ Sulla giurisprudenza in tema di concessione del nulla osta, v. L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 168.

⁹⁴⁶ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 53.

⁹⁴⁷ A. STILE, *Espulsione dello straniero e processo penale*, cit., p. 1338 : «In realtà, è evidente che, a garantire il rispetto dell'art. 24 Cost., non basta la facoltà di rientro in Italia riconosciuta dall'art. 17: tale facoltà si traduce in una mera (e forse un po' ipocrita) affermazione di principio, giacché il rientro dello straniero potrebbe risultare di fatto ostacolato o reso impossibile dalla insufficienza (assai verosimile) dei mezzi economici dell'interessato. Ciò renderebbe puramente eventuale la partecipazione dell'imputato al processo, determinando la lesione dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., essendo impedito, in pratica, all'imputato di articolare una effettiva e tempestiva difesa e di farlo in condizioni di parità con l'accusa. A ciò va aggiunto che, in base al disposto dell'art. 17, d.lgs. n. 286 del 1998, l'esercizio delle facoltà difensive dell'imputato è subordinato ad una autorizzazione: si tratterebbe pertanto di un diritto pieno ed inviolabile come il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost., ma pur sempre dipendente da un'autorizzazione, la quale è soggetta ad una verifica sui presupposti e sul "tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa": ma come si fa, ad esempio, a prevedere quest'ultimo? In più, la subordinazione dell'esercizio del diritto di difesa all'autorizzazione del questore, atto amministrativo che richiede tempi burocratici non certo brevi, impedirebbe, anche lì dove tale autorizzazione venisse concessa, la piena partecipazione al processo dell'imputato, specie nei tempi ristretti

parte della dottrina, nelle ipotesi di cui all'art. 17 t.u., reputa che non debba rilasciarsi il nulla osta all'espulsione⁹⁴⁸. Peraltro, l'eventuale diritto dello straniero espulso al rientro in Italia è generalmente limitato alla fase del giudizio, lasciando scoperte la fase delle indagini preliminari e dell'eventuale udienza preliminare, ove la partecipazione dell'indagato è assicurata solo per il compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza : in proposito, è stato rilevato che “se è sicuramente lodevole, poi, la lettura elastica dell'art. 17 t.u. di chi propone di ricondurre nell'alveo del concetto di ‘giudizio’ anche l'udienza preliminare, facendo leva sul mutato assetto indotto dalla legge Carotti (l. 16 dicembre 1999, n. 479) e sulla sent. della Corte cost. 12 luglio 2002, n. 335 , tale approccio interpretativo non è però sufficiente a fugare *in toto* le ombre gravanti su un istituto che appresta una garanzia più formale che sostanziale, di scarsa effettività e il più delle volte di difficile attuazione, che sembra essere figlia di un ‘giusto processo’ minore”⁹⁴⁹.

Neanche lo speciale permesso di soggiorno per ragioni di giustizia *ex* art. 11 D.P.R. n. 394/ 1999⁹⁵⁰ sembra sufficiente a superare queste obiezioni, anche in virtù della sua concessione amministrativa e della sua fonte regolamentare, pur essendo destinato ad incidere su materie dominate dalla

del rito direttissimo. Né parrebbe possibile una interpretazione delle norme impugnate in base alla quale il giudice possa consentire all'imputato di trattarsi nel territorio italiano per il tempo necessario alla trattazione del processo, dal momento che vi osta proprio l'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dalla l. n. 189 del 2002, che, relativamente al caso dello straniero sottoposto a procedimento penale e che non si trovi in stato di custodia cautelare, afferma che l'autorità giudiziaria può negare il nulla osta all'espulsione “solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa”. Ciò comporta che il giudice può assicurare la presenza dell'imputato nel processo solo per garantire le esigenze dell'accusa pubblica o privata, e non anche per assicurare l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato ed il contraddittorio tra le parti».

⁹⁴⁸ L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 173.

⁹⁴⁹ S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 53 ss.

⁹⁵⁰ L'art. 11 co. 1 c) *bis* prevede che il permesso di soggiorno può essere rilasciato “per motivi di giustizia, su richiesta dell'Autorità giudiziaria, per la durata massima di tre mesi prorogabili per lo stesso periodo, nei casi in cui la presenza dello straniero sul territorio nazionale sia indispensabile in relazione a procedimenti penali in corso per uno dei reati di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75”.

riserva di legge (ossia, la disciplina processualpenalistica e la condizione giuridica dello straniero, in tal senso presidiate dagli artt. 111 co. 1 e 10 co. 2 Cost.)⁹⁵¹.

Ancora, l'eventuale concessione della speciale autorizzazione del Ministro dell'interno, di cui all'art. 13 co. 13 t.u., essendo totalmente discrezionale, comporta quantomeno un'inevitabile disparità di trattamento nei singoli casi⁹⁵².

Ad ogni modo, a salvaguardia del diritto di difesa, e nonostante la perentorietà del disposto dell'art. 13 co. 3 *quater* t.u., deve ritenersi prevalente la causa di proscioglimento nel merito che preceda la prova dell'avvenuta espulsione; ancora, *de iure condendo*, andrebbe prevista la possibilità per l'imputato, che intenda ottenere una definizione nel merito del processo, di non accettare l'emissione di una pronuncia di non luogo a procedere⁹⁵³.

La lettera della legge indurrebbe a collocare la sequenza 'espulsione - sentenza' nella fase dell'udienza preliminare; tuttavia, la giurisprudenza di legittimità - sulla base della *ratio legis* e per ragioni di economia processuale - ha più volte affermato l'applicabilità dell'istituto anche prima ed al di là dell'esercizio dell'azione penale⁹⁵⁴. Inoltre, l' "avvenuta espulsione" è

⁹⁵¹ Così, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 295.

⁹⁵² S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 54.

⁹⁵³ L. CORDI', *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, cit., p. 177.

⁹⁵⁴ Cass. Pen., sez. I, 4 maggio 2004, n. 30465, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1198 ss., secondo cui "avuto riguardo alla *ratio* dell'art. 13, comma 3 *quater*, del t.u. sull'immigrazione emanato con d. lg. 25 luglio 1998 n. 286 (secondo cui, nei casi ivi previsti, ove sia stata acquisita la prova dell'avvenuta espulsione dello straniero e non sia stato ancora emesso il decreto che dispone il giudizio, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere), deve ritenersi che detta norma vada interpretata estensivamente, sì da trovare applicazione non solo quando si proceda per reati che richiedono la celebrazione dell'udienza preliminare ma anche quando trattisi di altri reati, relativamente ai quali sia prevista la citazione diretta a giudizio; ipotesi, questa, nella quale deve quindi riconoscersi la possibilità, per il p.m., di chiedere la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere senza il previo esercizio dell'azione penale, come invece si verifica nel caso dell'udienza-preliminare"; nonché, Corte Cost., 7 aprile 2006, n. 143, in *Cass. pen.*, 2006, 6, p. 2112 ss., secondo cui "proprio ad evitare la paradossale conseguenza denunciata, per cui potrebbero beneficiare della pronuncia di improcedibilità dell'azione penale solo gli imputati dei reati più gravi (quali sono quelli che richiedono la celebrazione dell'udienza preliminare), la norma impugnata deve ritenersi applicabile, in via estensiva, anche nei procedimenti in cui detta udienza non sia prevista, allorché l'espulsione sia eseguita

evidentemente quella amministrativa, essendo - per le ragioni di cui prima - incompatibile quella giudiziale.

Va altresì sottolineato che la sentenza di non luogo a procedere per avvenuta espulsione - per la quale il perfezionamento del nulla osta, nonostante opinioni contrarie, è da ritenersi elemento costitutivo - ha natura di sentenza processuale o di rito, come emerge dalla possibilità di riproporre l'azione penale in caso di reingresso illegale, nonché dal divieto di reingresso e dalla segnalazione al SIS. Essa si pone, dunque, come una condizione di improcedibilità (data la sua declinazione negativa) atipica e *ratione personae* (non essendovi alcun parametro di selettività in rapporto ai reati per cui si procedeva). Tale condizione di improcedibilità, nonostante opinioni contrarie, è differente da quelle di cui agli artt. 9 e 10 c.p., considerata la loro differente *ratio*, che nel primo caso è di mera deflazione carceraria; inoltre, la situazione di cui agli artt. 9 e 10 c.p. viene in rilievo in termini oggettivi, ossia

prima che si pervenga alla fase del giudizio". V. pure Corte Cost., 7 aprile 2006, n. 142, in *Giur. cost.*, 2006, 2, p. 1327 ss., secondo cui "è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 comma 3 *quater* d. lg. 25 luglio 1998 n. 286, censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui subordina la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere per avvenuta espulsione, alla condizione negativa che non sia stato ancora emesso il provvedimento che dispone il giudizio, impedendo, così, al giudice del dibattimento la declaratoria di improcedibilità. Rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore stabilire gli effetti e i limiti temporali, in relazione all'azione penale, delle cause estintive del reato e ciò vale anche per l'istituto di cui all'art. 13 comma 3 *quater*, che rappresenta una condizione di procedibilità atipica, giustificata dal minor interesse dello Stato a perseguire soggetti non più presenti sul territorio; né può considerarsi, di per sé, manifestamente irrazionale ed arbitraria la scelta del legislatore di circoscrivere l'operatività di detta condizione di procedibilità ai casi in cui non sia stata ancora instaurata la fase del giudizio, risolvendosi la denunciata disparità di trattamento in una disparità di mero fatto, inidonea a fondare un giudizio per violazione del principio di eguaglianza": insomma, l'interesse al perseguimento del colpevole non scemerebbe quando gli elementi di accusa già raccolti abbiano raggiunto una adeguata consistenza e "la disparità di trattamento denunciata dal rimettente - legata al gioco dei molteplici fattori che possono rendere più o meno celeri, nei singoli casi concreti, vuoi l'esecuzione dell'espulsione vuoi il corso dell'azione penale - viene a risolversi in una disparità di mero fatto, inidonea, come tale, per costante giurisprudenza di questa Corte, a fondare un giudizio di violazione del principio di eguaglianza". In dottrina, sul dibattito, C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 219 ss. V., altresì, A. STILE, *Espulsione dello straniero e processo penale*, cit., p. 1339, secondo cui «la illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3 *quater*, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., riguarda sì lo "sbarramento" rappresentato dal "provvedimento che dispone il giudizio", ma non perché vi sia reale disparità di trattamento degli stranieri a seconda del tipo e della gravità del reato per cui sono perseguiti, bensì in virtù della diversa possibilità che la legge offre al giudice a seconda che ci si trovi in fase di indagini preliminari e udienza preliminare da un lato, e fase dibattimentale dall'altro».

indipendenti dall'attività dell'autorità di polizia che, invece, nel nostro caso, assume un ruolo predominante⁹⁵⁵. Correttamente, dunque, sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale in relazione a tale istituto : per lesione dell'art. 3 Cost., in quanto la sua applicazione - oltre a non aver luogo nei confronti dello straniero regolarmente soggiornante, di quello irregolare che si sia allontanato di sua spontanea volontà ecc. - è totalmente rimessa all'operato dell'autorità amministrativa; dell'art. 101 co. 2 Cost., relativo alla soggezione del giudice alla sola legge, frustrato in virtù dell'ampia discrezionalità dell'autorità di polizia nell'adozione dei provvedimenti necessari ai fini della sentenza di non luogo a procedere; degli artt. 24 co. 2 e 27 co. 2 Cost., venendo sacrificato il diritto dell'imputato a veder riconosciuta la propria innocenza⁹⁵⁶.

Secondo parte della dottrina, meglio sarebbe stato "consentire la sospensione del processo fino a quando lo straniero espulso non abbia avuto concretamente modo di rientrare in Italia per esercitare a pieno e sin dal principio del dibattimento il diritto di difesa, o, ragionando in termini di economia processuale e nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo, rinviare l'esecuzione del provvedimento di espulsione al momento della definizione del processo, evitando così che lo straniero, il più delle volte versante in disagiate condizioni economiche, si accolli le spese di un viaggio di ritorno in Italia, o, infine, estendere l'istituto contemplato dall'art. 13 comma 3 *quater* anche alla fase dibattimentale. In tal modo sarebbe stato garantito nella sua integrità ed inviolabilità il diritto alla difesa dell'imputato straniero colpito da un provvedimento di espulsione"⁹⁵⁷.

Inadeguato è altresì il ricorso a misure cautelari o precautelari, finalizzate a scopi meramente esemplari e deterrenti.

Per di più, i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina erano stati assoggettati ad uno speciale e più severo regime cautelare, che faceva perno su una duplice presunzione: relativa, quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari; assoluta, quanto alla scelta della misura, reputando il legislatore adeguata - ove la presunzione relativa non risulti vinta - unicamente

⁹⁵⁵ In questi termini, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 296 ss.

⁹⁵⁶ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 302 ss.

⁹⁵⁷ A. STILE, *Espulsione dello straniero e processo penale*, cit., p. 1342.

la custodia cautelare in carcere. Solo di recente è stato giudicato costituzionalmente illegittimo l'art. 12 co. 4 *bis* t.u., aggiunto dall'art. 1 co. 26, lett. f), l. n. 94/ 2009, “nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”⁹⁵⁸. La Corte ha motivato tale decisione sulla base dell'eterogeneità delle fattispecie concrete relative al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (che possono essere individuali o sodali, occasionali o sistematiche ecc.), che non consente di enucleare una regola generale secondo la quale la custodia cautelare in carcere sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari in presenza di gravi indizi di colpevolezza; ciò, pena una violazione dei principi di inviolabilità della libertà personale (art. 13 co. 1 Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost.), che impongono che la disciplina delle misure cautelari debba essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario” attuabile solo adottando un modello di “pluralità graduata” con possibilità di accesso ad una gamma di misure alternative ed “individualizzanti”. Peraltro, una presunzione assoluta - come quella costruita nel 2009 - “non può neppure rinvenire la sua base di legittimazione costituzionale nella gravità astratta del reato di favoreggiamento dell'immigrazione, né nell'esigenza di eliminare o ridurre le situazioni di allarme sociale correlate all'incremento del fenomeno della migrazione clandestina. Va, infatti, ribadito quanto già affermato al riguardo da questa

⁹⁵⁸ Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Cass. pen.*, 2012, 4, p. 1248 ss. E, tuttavia, la Corte ha affermato che «ciò che vulnera i valori costituzionali non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”. Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario - non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (sentenze n. 231 e n. 164 del 2011, n. 265 del 2010)».

Corte: e, cioè, che la gravità astratta del reato, considerata in rapporto alla misura della pena o alla natura dell'interesse protetto, è significativa ai fini della determinazione della sanzione, ma inidonea a fungere da elemento preclusivo alla verifica del grado delle esigenze cautelari e all'individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte; mentre, il rimedio all'allarme sociale causato dal reato non può essere annoverato tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme"⁹⁵⁹.

Tale regime speciale, peraltro, era collegato ad un procedimento applicativo delle misure cautelari ordinariamente eccezionale in relazione ai migranti, ancora oggi vigente. Infatti, soprattutto per quanto concerne i reati comuni commessi dagli immigrati - per quelli propri, invece, è stato autorevolmente rilevato che l'applicazione delle misure cautelari è assai bassa e la valutazione sulla sussistenza delle esigenze cautelari è di regola negativa, anche in ragione della essenza marcatamente artificiale dei reati in questione⁹⁶⁰ - il pericolo di reiterazione *ex art. 274 lett. c) c.p.p.*, viene per lo più presuntivamente dedotta dalla tipologia d'autore : essa viene motivata in virtù della precarietà lavorativa ed abitativa e della connessa difficoltà di accertare la sussistenza effettiva di un lavoro, che è per lo più in nero, e di una fissa dimora; nonché sulla base dell'idea per cui la incensuratezza formale non sia reale, ma sia principalmente il frutto di *deficit* - ormai superati con tecniche assai spesso discutibili - nel procedimento identificativo. E, così, la prognosi sfavorevole è il frutto del giudizio su di un'intera classe sociale ritenuta pericolosa e su una situazione di diffusa precarietà esistenziale, anziché essere relativo ad una condizione individuale⁹⁶¹. Anche la valutazione sul pericolo di fuga - che andrebbe effettuata in concreto e non in astratto - sembra essere tendenzialmente negativa.

⁹⁵⁹ Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 331, cit., p. 1253 s.

⁹⁶⁰ A. CAPUTO, *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Quest. Giust.*, 2006, 2, p. 286 s.

⁹⁶¹ In proposito, v. G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose : sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 192 ss.

CAPITOLO IV

Considerazioni critiche e prospettive di riforma

1. I beni giuridici tutelati e la problematica compatibilità della disciplina dell'immigrazione con i principi costituzionali. - 2. Le proposte di riforma della politica dell'immigrazione. - 3. E' davvero necessario un controllo dei flussi ? : Profili socio-criminologici ed analisi statistiche. - 4. Considerazioni conclusive.

1. I beni giuridici tutelati e la problematica compatibilità della disciplina dell'immigrazione con i principi costituzionali

Nell'affrontare la tematica della normativa penalistica in materia di immigrazione e dei beni giuridici che essa si propone di tutelare, non si può non tener conto del recente dibattito sulla cd. emergenza sicurezza pubblica : «Solo dieci o quindici anni fa non sarebbe stato logico o naturale discutere di sicurezza e diritto penale avendo in mente la trattazione di questioni “generalissime”. La sicurezza era un argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico. Oggi, invece, essa sembra rappresentare il centro delle attenzioni penalistiche dei governi e dell'opinione pubblica. Quasi ogni argomento può essere visto dall'angolo visuale della sicurezza, vale a dire della garanzia delle condizioni affinché determinati beni giuridici siano preservati da attacchi e aggressioni, prima ancora che da eventi lesivi. Non si chiede solo che non ci siano danni, ma che anche i pericoli e i rischi siano il più possibile neutralizzati: quanto più ci si accorge che molti rischi sono inevitabili, tanto più cresce l'ansia di controllarli. Naturalmente, quest'ansia preventiva sposta l'accento delle incriminazioni dall'evento lesivo alla condotta pericolosa, e addirittura alle condizioni prodromiche e preliminari che riguardano l'organizzazione concreta di condotte devianti (dolo) o la regolazione sociale di condotte *standard* (colpa): dall'evento al pericolo, dagli atti preparatori agli accordi, dalla colpa al rischio, dai beni da proteggere al

disvalore d'azione, fino all'etica dei consociati, dal fatto offensivo agli autori pericolosi. L'uso dello strumento penalistico, in questa direzione, fa parte della tradizionale disponibilità di un mezzo a basso costo economico - quale è stato tradizionalmente il diritto penale - per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare sicuramente rischi, pericoli ed eventi lesivi»⁹⁶².

La trasformazione dell'esigenza di sicurezza da *ratio* a nuovo diritto - dai contorni marcatamente soggettivi (si tutela, infatti, il sentimento di sicurezza del cittadino o meglio il cittadino dalla percezione di insicurezza) - ha comportato una trasformazione dello Stato sociale di diritto in Stato di prevenzione : «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 garantiti»⁹⁶³. Il rischio più grave che si corre nell'assimilare il diritto penale ad un diritto di difesa preventiva dai pericoli è quello dell'assenza di limiti.

Così, si assiste ad un'espansione dei paradigmi della legislazione d'emergenza oltre i tradizionali settori del delitto politico, ad esempio in materia di stupefacenti, sfruttamento sessuale dei minori ed immigrazione⁹⁶⁴ : ne sono indici sintomatici la sensibile riduzione delle garanzie sostanziali e processuali, la flessibilizzazione delle categorie dommatiche e dei criteri d'imputazione della responsabilità, la carenza di determinatezza delle norme incriminatrici, l'anticipazione dell'intervento penale, l'exasperato rigorismo repressivo, l'uso di misure eccezionali anche non formalmente penali⁹⁶⁵.

In un sistema in cui la tutela penale tende ad essere anticipata e il canone della proporzione rischia di essere violato, si assiste alla riscoperta della pericolosità soggettiva. Con la conseguente esaltazione sia delle misure di sicurezza che di quelle preventive, da tempo indirizzate a figure socialmente

⁹⁶² M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, p. 3558 s.

⁹⁶³ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3561.

⁹⁶⁴ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 211.

⁹⁶⁵ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 222 s.

emarginate, dagli oziosi e vagabondi, ai malati di mente, agli intossicati, ai mendicanti, agli stranieri : misure che servono per trasformare la “asocialità” in reato ed il “sospetto” in prova effettiva.⁹⁶⁶ E’ in tale contesto che le espulsioni, il trattenimento nei C.I.E. e le varie misure parapenalistiche delineano lo straniero quale *homo sacer*, ossia quell’uomo che, essendo escluso dalla vita politica e sociale e dai diritti civili, bandito dalla comunità, può essere eliminato; egli non è sacrificabile perché impuro, e tuttavia è possibile eliminarlo restando impuniti⁹⁶⁷.

D’altro canto, è proprio la funzionalizzazione del diritto penale alla produzione e conservazione della sicurezza, attraverso la gestione dei rischi, a far sfumare i confini tra colpevolezza e pericolosità e tra il diritto sostanziale e quello processuale⁹⁶⁸.

In tale contesto, il passaggio a modalità di incriminazione premoderne⁹⁶⁹ è breve: agli adùlteri, agli stregoni ed ai blasfemi succedono gli esclusi e gli emarginati dell’età moderna; e la possibilità data al giudice di applicare *poenae extraordinariae*, elevando a reato, per le circostanze e i modi in cui sono commessi, fatti normalmente irrilevanti⁹⁷⁰, si pone in linea di continuità con i labili confini di indeterminate fattispecie, attualmente presenti in modo diffuso.

In tale prospettiva avviene l’equiparazione del povero, del diverso, dello straniero al delinquente : d’altro canto, “l’iniziativa di intervenire sulla condizione giuridica dello straniero con disposizioni inerenti la materia della sicurezza e dell’ordine pubblico è una scelta dal forte valore simbolico: ha

⁹⁶⁶ F. BRICOLA, *Forme di tutela <<ante delictum>> e profili costituzionali della prevenzione*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 44.

⁹⁶⁷ G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, p. 79, p. 92 s. : “ Sovrana è la sfera in cui si può uccidere senza commettere omicidio e senza celebrare un sacrificio; sacra, cioè uccidibile e insacrificabile, è la vita che è stata catturata in questa sfera (...) La sacertà della vita, che si vorrebbe oggi far valere contro il potere sovrano come un diritto umano in ogni senso fondamentale, esprime, invece, in origine proprio la soggezione della vita a un potere di morte, la sua irreparabile esposizione nella relazione di abbandono”.

⁹⁶⁸ W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 325 s., tradotto in *Crit. Dir.*, 2008, 1-2, p. 15 ss.

⁹⁶⁹ In proposito, S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, p. 11 ss.

⁹⁷⁰ In argomento, con riguardo alla concezione teocratica del diritto penale di Carpzov, v. S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit., p. 11 ss.

consentito di trasmettere con immediatezza all'opinione pubblica il messaggio che identifica l'origine dell'insicurezza sociale diffusa con la presenza degli immigrati»⁹⁷¹.

Come si è evidenziato in sede di esame delle singole fattispecie, nei reati in materia di immigrazione, lo straniero è per lo più l'autore o l'oggetto materiale; appare oggetto di tutela penale solo in circostanze aggravanti di fatti-base dei quali lo straniero non è vittima, ma oggetto materiale⁹⁷².

E' stato sostenuto che, in talune ipotesi, lo straniero verrebbe considerato quale mero oggetto materiale piuttosto che titolare di beni giuridici e quindi vittima del reato⁹⁷³: si pensi alle fattispecie di locazione o cessione di immobile a persone sprovviste di regolari titoli di soggiorno o a quelle di assunzione di lavoratori irregolari. Condivisibilmente, si è sottolineato che «ogni diversa lettura che voglia fare dell'extracomunitario una vittima necessaria (lo sarebbe anche rispetto a un'offesa solo di pericolo) dei contratti riguardanti l'alloggio concesso a titolo oneroso implica una interpretazione riduttiva, piuttosto che restrittiva, della fattispecie, in contrasto con la *ratio* spersonalizzante dell'art. 12, che non è orientato alla "persona", e continua a riguardare una politica generale di organizzazione dei flussi e dei controlli sugli stranieri irregolari, mediante una criminalizzazione del "mercato illegale" che li circonda»⁹⁷⁴. E' proprio quel mercato, o meglio sono le persone disposte all'integrazione sociale dell'extracomunitario, che si vogliono spaventare con la minaccia di sanzioni che in realtà saranno raramente applicate.

Viene, quindi, da chiedersi se nelle fattispecie di cui all'art. 12 t.u., l'immigrato sia il titolare del bene tutelato o piuttosto un mero oggetto materiale; si corre il rischio che tali fattispecie vengano interpretate, alla luce dell'impianto complessivo della normativa, nel senso che un bene giuridico

⁹⁷¹ G. NALETTO, *La legittimazione normativa delle discriminazioni e del razzismo*, in *Rapporto sul razzismo in Italia*, a cura di G. NALETTO, Roma, 2009, p. 91.

⁹⁷² M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 106.

⁹⁷³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 109.

⁹⁷⁴ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 111.

manchi, confondendosi esso con la *ratio* di tali norme, volte a presidiare l'esclusione dell'immigrato irregolare⁹⁷⁵.

D'altro canto, per quanto concerne la tutela della vita e dell'incolumità fisica dei migranti, l'impostazione proibizionistica della disciplina amministrativa, prima ancora che penale, è sicuramente almeno in parte corresponsabile della messa in pericolo di quei beni : “chi voglia valutare, alla luce dei principi costituzionali del nostro ordinamento, costi e benefici della politica dell'immigrazione, faccia anzitutto una ricerca empirica, cioè il conto del numero di immigrati morti in mare, nelle intercapedini delle stive delle navi-cargo, nei doppifondi dei *camions*, nelle celle dei *containers*; successivamente, ponga in bilanciamento quelle vite umane con l'interesse al controllo ed alla gestione dei flussi”⁹⁷⁶.

Allorquando il migrante assume, in altre fattispecie, la veste di autore, è spesso la stessa condizione di clandestino ad essere criminalizzata : si pensi al reato di clandestinità, ma anche al reato di inosservanza dell'ordine del questore, ove la qualità personale appare il fondamento del precetto la cui violazione integra l'illecito, ciò che giustifica l'ordine stesso prima della sua inosservanza⁹⁷⁷.

In questo quadro, appare manifestamente grottesco il binomio soggetto vulnerabile - soggetto pericoloso, lungo il quale esclusivamente si può muovere il migrante, fattore che contribuisce alla costruzione di una figura a dir poco ambivalente⁹⁷⁸.

In effetti, tutte le principali incriminazioni del t.u. sono volte a tutelare il controllo statale dei flussi migratori, e dunque attengono ad interessi statuali di sicurezza, controllo ed ordine pubblico : esse, non di rado, pur avendo consistenza contravvenzionale - poiché concernenti attività di polizia e controllo, anziché aggressioni ad uno specifico bene giuridico - hanno la veste

⁹⁷⁵ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 16.

⁹⁷⁶ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 14.

⁹⁷⁷ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 121.

⁹⁷⁸ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 1, p. 220. Per dei dati statistici sulle opinioni degli italiani rispetto al fenomeno dell'immigrazione, C. BONIFAZI, *Accettazione e rifiuto nelle opinioni degli italiani*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 87 ss.

formale di delitti, ove l'ordine pubblico è una *ratio*, e non il vero oggetto delle incriminazioni, e non vengono tutelati beni giuridici personali⁹⁷⁹. Il diritto penale, dunque, assume compiti di polizia.

Ma il diritto penale non può intervenire su fenomeni; esso assoggetta a sanzioni i soli singoli individui, ed il singolo immigrato non può certo porre in pericolo un gigantesco bene giuridico come le risorse di vita della collettività, che il controllo dei flussi migratori potrebbe mirare a preservare; peraltro, l'argomento dell'offesa cumulativa, sovente usato per giustificare i reati di pericolo presunto, finirebbe per strumentalizzare il singolo, punendo un fatto in sé non pericoloso, in contrasto con i principi di dignità umana, uguaglianza *sub specie* proporzione, personalità della responsabilità penale, offensività⁹⁸⁰.

Invero, la tutela dei consociati da condotte degli immigrati dovrebbe essere garantita dai reati comuni; l'opinione per cui vi sarebbero ulteriori esigenze di tutela dei consociati si fonda o sulla considerazione dell'immigrato quale potenziale criminale, cioè quale soggetto che rischia di diventare criminale perché è irregolare, o addirittura sull'idea secondo cui già la mera irregolarità è criminalità⁹⁸¹ (si vedano, rispettivamente, l'ormai illegittima aggravante della clandestinità quale espressione della prima prospettiva, nonché gli artt. 10 *bis*, 14 co. 5 *ter* e *quater* t.u. per la seconda).

Gli elementi menzionati, ovvero la presenza di numerose fattispecie in cui il migrante non è una vittima reale ma mero oggetto materiale e di altri reati artificiali, che configurano il migrante quale autore, nonché l'adozione di beni giuridici indeterminati che mirano a celare l'esigenza di protezione dalla percezione di insicurezza, inducono ad interrogarsi sulla legittimità complessiva del diritto penale dell'immigrazione; e la risposta pare essere negativa.

⁹⁷⁹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 113 s.

⁹⁸⁰ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 9; in generale, sul complesso tema dei reati di pericolo presunto, cfr., in senso critico, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109 ss., p. 185 ss.; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 369.

⁹⁸¹ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 8.

Infatti, la pena, per giustificarsi, dovrebbe avere ad oggetto un bene preesistente all'intervento penale⁹⁸²; inoltre, partendo dall'idea secondo cui il diritto penale è un costo umano e sociale da giustificare, l'intervento punitivo dovrebbe essere proporzionato e giustificato in termini di *extrema ratio*⁹⁸³. Il diritto penale, insomma, deve assurgere a sistema di minimizzazione della violenza e dell'arbitrio punitivo e di massimizzazione della libertà e della sicurezza dei cittadini⁹⁸⁴. Tutto il contrario di quanto accade nella materia in esame.

I diritti umani dovrebbero rappresentare un limite all'intervento penale e l'oggetto, possibile ma non necessario, di tutela per mezzo del diritto penale: se la pena è violenza istituzionale e strutturale, ossia limitazione di diritti e repressione di bisogni reali espressi attraverso il reato, essa rischia di reprimere i conflitti, invece di risolverli, conservando un regime di ingiustizia sociale, eliminabile solo modificando i rapporti economici e politici⁹⁸⁵. La funzionalizzazione della pena alla riproduzione materiale ed ideologica del sistema sociale globale appare quanto mai manifesta in materia di immigrazione. Anche in questo ambito, attraverso la penalità, quale luogo strategico di manifestazione del potere, lo Stato si autorappresenta ed elabora delle concezioni della soggettività, autorizzando la legittima esistenza solo di alcune identità sociali considerate "normali"; propone proprie visioni della personalità e delle relazioni sociali, conferendo loro una realtà istituzionale⁹⁸⁶.

Nella disciplina in materia di immigrazione, appare evidente il contrasto con vari principi che propongono un modello alternativo di ricomposizione di problemi e conflitti, ed in particolare, oltre a quelli già menzionati, con il principio della risposta non contingente, secondo cui il diritto penale dovrebbe dare sempre risposte ponderate ai conflitti, anziché proporre rimedi emergenziali o in funzione meramente sanzionatoria di violazioni

⁹⁸² Secondo la c.d. concezione liberale di bene giuridico di von Liszt, cfr. in proposito per es. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 8.

⁹⁸³ Cfr. per tutti, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 133; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 16 ss.

⁹⁸⁴ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 517.

⁹⁸⁵ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III p. 443 ss.

⁹⁸⁶ D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano, 1999, p. 308 ss.

amministrative⁹⁸⁷; con il principio costituzionale di proporzione, per cui solo gravi violazioni di diritti costituzionalmente rilevanti possono essere oggetto di sanzione penale⁹⁸⁸.

Un rilievo centrale, all'interno di una valutazione del diritto penale dell'immigrazione orientata a principi costituzionali, assume il problema del bene giuridico.

Il concetto penalistico di bene giuridico appare, come è stato rilevato, frutto di una duplice selezione : occorre verificare, da un lato, che il bene tutelato rientri tra gli interessi giuridicamente protetti secondo la Costituzione, dall'altro che la tutela di quel bene sia compatibile con i principi costituzionali specificatamente penalistici, ossia quelli relativi alla funzione della pena ed alla connessa esigenza di proporzione e quelli di sussidiarietà, effettività, legalità-determinatezza, personalità, materialità-offensività etc.⁹⁸⁹

Quanto al primo punto, come anticipato, il bene giuridico tutelato da tali fattispecie è il controllo dei flussi migratori, quale bene intermedio e funzionale alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

In proposito, posto che non bisognerebbe ridurre la politica criminale a mera politica penale, e a sua volta la politica penale a mera politica dell'ordine pubblico⁹⁹⁰, bisogna constatare la pretestuosità della classificazione della sicurezza pubblica come concetto autonomo ed indipendente dalla tutela degli interessi specifici associati ai beni lesi⁹⁹¹. La sicurezza pubblica può essere perseguita con la formulazione di specifiche condotte lesive di beni fondamentali, ma soprattutto con interventi delle istituzioni pubbliche, a tutela dell'effettivo godimento dei diritti da parte di tutte le persone, anche di colui che delinque.⁹⁹²

⁹⁸⁷ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 343 ss.

⁹⁸⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16 ss.

⁹⁸⁹ In proposito v. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., pp. 148-149.

⁹⁹⁰ F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 103 ss.

⁹⁹¹ In tal senso, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, cit., p. 117.

⁹⁹² A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., p. 127.

La tutela di beni superindividuali, nella misura in cui questi rappresentino la sintesi di molteplici beni personali, è assolutamente legittima; il pericolo, quando si delineano beni superindividuali che si distaccano dai titolari originari per divenire autonomi, è quello che si potrebbe determinare in realtà una personificazione di complessi di regole o istituzioni⁹⁹³. In questi casi, infatti, si verifica una sorta di volatilizzazione dell'oggetto di tutela: il diritto penale sembrerebbe non tutelare più beni, ma funzioni amministrative o assetti di disciplina miranti a regolare lo svolgimento di certe attività. Il diritto penale, quindi, avrebbe solo il compito di sanzionare l'inosservanza di norme organizzative, e non la realizzazione di fatti socialmente dannosi. Si finisce così per confondere l'oggetto della tutela con la *ratio* di tutela: "In questo terreno, al posto del bene giuridico, non c'è altro che una meta, uno scopo che lo Stato intende conseguire"⁹⁹⁴. Il rischio, nel far ricorso a questi macroscopici e impalpabili 'oggetti di tutela', è quello di trasformare l'illecito penale in un illecito di mera trasgressione, di mera disobbedienza. Questo rischio non si può correre, a meno che non si sia disposti a consentire forme esasperate di tutela anticipata, che vanno ben oltre la soglia di tollerabilità per un diritto penale del fatto⁹⁹⁵: infatti, una tale amministrativizzazione della tutela penale implica un'inaccettabile relativizzazione del rango costituzionale della libertà personale in rapporto ad esigenze del sistema⁹⁹⁶.

Peraltro, la vaghezza e l'onnicomprendività di beni come la sicurezza e l'ordine pubblico rendono arduo distinguere lesione e messa in pericolo, almeno quanto lo è la verifica empirica dell'offesa ad una sensazione soggettiva di sicurezza, che richiederebbe l'accertamento di stati d'animo collettivi.⁹⁹⁷

⁹⁹³ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 85 ss.; In proposito, cfr. spec. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, cit., p. 343 ss. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 152 s.

⁹⁹⁴ F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 18.

⁹⁹⁵ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 367.

⁹⁹⁶ A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 173.

⁹⁹⁷ A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., p. 11.

Questo è quanto accade con il concetto di sicurezza pubblica, diffusamente interpretato ancora in un'accezione marcatamente ideale, come interesse superindividuale comprensivo di tutto ciò che l'ordinamento intende tutelare. Si assume, quindi, un concetto generico, e non prettamente giuridico, di sicurezza, che rischia così di divenire un predicato riferibile a qualunque bene della vita sociale⁹⁹⁸, funzione dell'intervento statale e non bene giuridico.

Ciò induce a dare risposta negativa al quesito relativo al se la disciplina penalistica dell'immigrazione sia posta a tutela di un bene costituzionalmente rilevante.

Senza alcun dubbio la sicurezza è un'esigenza che può essere soddisfatta attraverso la tutela di molteplici beni di rilievo costituzionale, ma non è di per sé un bene di rango costituzionale. Mentre un diritto della difesa dai pericoli fa della produzione di sicurezza il suo scopo diretto, il diritto penale può produrre sicurezza in modo mediato. Ciò significa che se la sicurezza può essere adeguatamente perseguita tramite interventi extrapenali, questa è la strada da preferire. Inoltre, un'opera di prevenzione, per risultare efficace e rispettosa delle garanzie costituzionali, dev'essere anzitutto di carattere sociale ed extrapenale, quindi mirare a garantire precisi diritti della persona. Le linee programmatiche di un intervento preventivo costituzionalmente corretto sono fissate, in particolare, dagli artt. 2 (diritti inviolabili dell'uomo), 3 (uguaglianza), 4 (diritto al lavoro), 30 (diritto del minore all'educazione), 32 (diritto alla salute), 38 (diritto all'assistenza sociale) Cost. : una tutela di questi diritti non potrà, infatti, che riflettersi positivamente sulla prevenzione della criminalità⁹⁹⁹. Sicurezza va dunque intesa anche come sicurezza sociale, ossia come tutela di diritti ed istanze da parte dello Stato sociale, con le garanzie di uno Stato di diritto. "L'emergenza politica della sicurezza dalla criminalità, altro non è che l'imporsi di un diverso punto di vista in grado di orientare diversamente, o meglio, di dare una diversa congruenza, alle questioni della partecipazione democratica in presenza di un

⁹⁹⁸ A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., pp. 112, 122.

⁹⁹⁹ In tal senso, v. F. BRICOLA, *Forme di tutela <<ante delictum>> e profili costituzionali della prevenzione*, cit., p. 89.

progressivo restringimento dello Stato sociale”¹⁰⁰⁰. Se lo Stato sociale, infatti, si propone di rimuovere le disuguaglianze che impediscono l’accesso alla piena tutela dei diritti di tutti, il sistema neoliberista cambia, invece, i criteri per poter ottenere la difesa dei propri diritti, plasmandoli in modo tale da rendere possibile l’inclusione dei soli soggetti giudicati meritevoli. Il nostro dovrebbe essere uno Stato sociale di diritto: questa premessa ci impone delle strade precise da percorrere. La difesa della collettività non può che attuarsi seriamente soprattutto tramite politiche di integrazione sociale. Ed invece, le politiche di sicurezza oggi attuate, sono lo strumento culturale più appropriato per imporre nuovi modelli sociali di esclusione¹⁰⁰¹.

La sicurezza va assunta come bene pubblico; essa non è un nuovo diritto, ma lo stato di benessere che consegue alla tutela dei diritti di tutti. Dunque, nella dicotomia diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti, va preferita la seconda opzione, corrispondente ad una politica integrale di protezione e soddisfacimento di tutti i diritti umani e fondamentali.¹⁰⁰² L’unica soluzione auspicabile e costituzionalmente legittima continua ad essere il binomio di sussidiarietà del diritto penale ed adeguata prevenzione sociale. E ciò nell’interesse non soltanto di una minoranza di soggetti marginali, che pure non possono essere certo esclusi dalle garanzie costituzionali dei diritti della persona, ma nell’interesse di tutti i consociati.

A tutto ciò va aggiunto - come già accennato - che, una volta individuato un bene costituzionalmente rilevante, ai fini di una legittima tutela penale dello stesso occorre che l’intervento punitivo sia compatibile con i principi costituzionali del diritto penale, ossia quelli relativi alla funzione della pena e quelli di sussidiarietà, di effettività, di legalità - in particolare *sub specie* determinatezza - di personalità della responsabilità, di materialità-offensività.

Ebbene, anche sotto tale profilo, il diritto penale dell’immigrazione appare problematico.

¹⁰⁰⁰ Cfr. M. PAVARINI, *Alcune proposte per un governo della sicurezza*, in AAVV, *La sicurezza urbana*, a cura di R. SELMINI, Bologna, 2004, p. 296.

¹⁰⁰¹ Cfr. M. PAVARINI, *Alcune proposte per un governo della sicurezza*, cit., p. 296; v. pure ID., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 2, p. 816.

¹⁰⁰² A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA - M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, Milano, 2001, pp. 19-36

“Per quel che concerne l’offensività, anziché tutelare beni giuridici individuali e collettivi dei cittadini e/o degli immigrati - beni che siano precisamente determinati e verificabilmente offendibili (art. 25 co. 2 Cost.) e di valore proporzionato ai beni lesi dalla sanzione penale - il diritto penale dell’immigrazione mira a presidiare la disciplina amministrativa; la quale, oltretutto, come si è avuto modo di vedere, non tutela efficacemente neppure i beni dei cittadini e contribuisce a ledere quelli degli immigrati. Di conseguenza, la disciplina penale si incentra su reati di mera disobbedienza, ossia sulla trasgressione della disciplina volta alla riduzione dei flussi”¹⁰⁰³.

Fattispecie costruite artificialmente e fondate sostanzialmente su una mera trasgressione o su una presunzione di pericolosità sociale determinano una ingiustificata restrizione della libertà personale e della dignità della persona. La Costituzione, sancendo una serie di principi fondamentali, lo conferma: l’ art. 13 prevede, per l’attuazione delle restrizioni della libertà personale, la riserva di legge e di giurisdizione; le misure di polizia, quando sono contemplate, sono complementari rispetto ad un’attività giudiziale o, comunque, il potere di prevenzione è conferito solo per la pericolosità oggettiva di certe situazioni e non in relazione ad una pericolosità meramente soggettiva (artt. 13, 14, 17); i principi di legalità, determinatezza ed offensività e quello della presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 co. 2 Cost.*, non ammettono giudizi meramente prognostici sulla pericolosità di una persona; la responsabilità *ex art. 27* deve essere necessariamente personale e le possibilità rieducative devono essere potenzialmente attuabili; ed infine, l’uguaglianza e l’invulnerabilità dei diritti fondamentali *ex artt. 2 e 3* non tollerano compressioni.

Sul piano della funzione della pena, il finalismo rieducativo viene negato *in radice* in favore di finalità di rassicurazione meramente simbolica dei cittadini e di stigmatizzazione e neutralizzazione dell’immigrato, declinata in forme che vanno dall’esclusione sociale, all’espulsione ed al carcere¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, cit., p. 7 s.

¹⁰⁰⁴ Così, A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, cit., p. 8.

Tuttavia, anche la prevenzione generale positiva, intesa come orientamento dei consociati¹⁰⁰⁵, non può giustificare un uso simbolico del diritto penale.

Ciò che lascia ancor più sgomenti è, in queste ipotesi, la non necessità della pena - essendo prevista l'espulsione quale causa di proscioglimento, ed in subordine quale misura alternativa e sostitutiva alla detenzione - e la conseguente mancanza di proporzione tra fatto e sanzione, nonché l'assenza di rieducatività della pena¹⁰⁰⁶. Il diritto dell'immigrazione privilegia l'espulsione, e punisce quando non può espellere o dopo l'esecuzione della pena : l'espulsione diviene, quindi, *prius* o *posterius* della pena, che, in sé, perde ogni legittima funzione.

Peraltro, è stata la stessa Consulta a rilevare che “il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”¹⁰⁰⁷.

In effetti, il ricorso al diritto penale in materia di immigrazione sembra avere un ruolo meramente simbolico.

In tale simbolismo si celano vari messaggi, come è stato autorevolmente rilevato¹⁰⁰⁸. Il primo messaggio è quello classista secondo cui la criminalità che realmente attenta alla sicurezza, e che occorre prevenire e perseguire, è solamente quella di strada. Il secondo messaggio, ancor più regressivo, punta al mutamento, nel senso comune, del significato stesso della parola “sicurezza”, trasformandolo da “sicurezza sociale” - cioè garanzia dei diritti sociali e perciò sicurezza del lavoro, della salute, della previdenza e della

¹⁰⁰⁵ In tal senso, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109.

¹⁰⁰⁶ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 124 s.

¹⁰⁰⁷ Corte Cost., 2 febbraio 2007, n. 22, cit., p. 151 ss.

¹⁰⁰⁸ L. FERRAJOLI, *L'illusione della sicurezza*, in <http://www.festivaldeldiritto.it/2008/pdf/interventi/ferrajoli.pdf>

sopravvivenza, delle libertà individuali contro gli arbitri polizieschi - a “pubblica sicurezza”, declinata nelle forme dell'ordine pubblico di polizia e degli inasprimenti punitivi anziché in quelle dello stato di diritto. Essendo stata la sicurezza sociale aggredita dalle politiche di riduzione dello Stato sociale e di smantellamento del diritto del lavoro, le campagne securitarie cercano di placare il sentimento diffuso di insicurezza sociale mobilitandolo contro il deviante e il diverso e creando l'illusione che il diritto penale possa produrre la cessazione della delinquenza, e la rimozione, dall'orizzonte della politica, delle politiche sociali di inclusione, certamente più costose e impegnative ma anche le sole in grado di aggredirne e ridurne le cause strutturali. Il terzo messaggio, infine, consiste nell'enfatizzazione e nella drammatizzazione dell'insicurezza: la fabbrica, in breve, della paura. Esiste un nesso potente tra potere e paura. La paura è sempre stata la principale risorsa e la principale fonte del potere. Ci sono diversi modi con i quali il potere viene alimentato e rafforzato dalla paura e può servirsi della paura: un modo diretto e un modo indiretto, che peraltro non si escludono affatto ma possono ben concorrere tra loro. Il potere, innanzitutto, può fare esso stesso paura. E' il modello dei regimi autoritari e tendenzialmente totalitari. Il secondo modello è invece quello che fa leva sulla paura del crimine, e la drammatizza e alimenta quale fonte di legittimazione del potere repressivo e della sua risposta punitiva: un potere, in questo caso, che dalla paura, in quanto antidoto alla paura, trae legittimazione politica e consenso. Le politiche populiste a sostegno della paura determinano così da un lato la restrizione delle nostre libertà, dall'altro un indebolimento della lotta alla criminalità in quanto rompono i legami sociali, alimentano tensioni e lacerazioni, fomentano fanatismi, xenofobie e secessionismi, generano diffidenze, sospetti, odi e rancori¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *L'illusione della sicurezza*, op. cit.

2. Le proposte di riforma della politica dell'immigrazione

Nel corso degli anni, la dottrina - in precedenza del tutto silente sull'argomento - è diventata molto sensibile ed attenta al tema dell'immigrazione.

Una premessa di fondo sembra animare tutte le proposte relative all' 'emergenza' immigrazione : "Il problema di fondo non è l'immigrazione in sé, che è anche e indubbiamente socialmente benefica e costituisce una ricchezza per il Paese recettore, poiché ad essa sono affidati quei lavori umili, sgradevoli, ripetitivi, rifiutati dalla "nostra disoccupazione" (perciò in certa misura volontaria), e quella nobile attività di assistenza alle persone anziane o non autosufficienti, che riempie anche i vuoti affettivi della nostra disgregazione familiare"¹⁰¹⁰.

Ma, posta questa pacifica premessa di fondo - dettata da buon senso e da esperienze personali del fenomeno - le proposte, relative ad una risoluzione organica del 'problema' immigrazione, sembrano assolutamente variegate.

Vi è chi ritiene che «la più efficace ed umanitaria prevenzione della immigrazione incontrollata resta pur sempre l'abbandono del persistente "scandalo iniziale" del negato aiuto ai poveri del Terzo Mondo in casa loro e l'adozione di ampi programmi, coordinati, di effettivi e non caritatevoli aiuti, con la loro controllata destinazione al miglioramento delle condizioni di vita di tali popolazioni e parallelamente al riconoscimento dei fondamentali diritti umani: mai più per l'acquisto di armi e il potenziamento di polizie ed eserciti per fini repressivi e di guerre e genocidi fratricidi»¹⁰¹¹. Ma si sostiene che, fino a quando ciò non verrà fatto, sarà necessaria una legislazione sull'immigrazione in funzione preventiva della clandestinità, magari privilegiando "gli immigrati che, in quanto appartenenti alla civiltà occidentale (quali, ad es., i centro-sudamericani, gli est-europei) non pongono particolari problemi di

¹⁰¹⁰ F. MANTOVANI, *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 4, p. 393 s.

¹⁰¹¹ F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 1009.

integrazione” anche considerato “che stanno assumendo dimensioni preoccupanti stando ai rapporti europei le conversioni in carcere all'estremismo *jihadista* e l'arruolamento dei convertiti, scarcerati, in gruppi islamici radicali o in strutture di sostegno logistico ad essi collegati”. In più, sarebbe necessaria una presa di coscienza del fatto che il multiculturalismo, enfatizzato in certi ambienti intellettuali - ove dominerebbe «la retorica pseudoumanitaria della mera “politica dei fini”, che accumuna tutti nella declamazione della solidarietà, integrazione, convivenza delle diversità e multiculturalismo, anche perché non è impegnativa per nessuno e non impegna ad alcunché. Parole ovvie e sempre eguali, ben sapendo che a nulla servono e nulla cambiano. E così discettandosi specie negli alti attici intellettuali, lontani dalle squallide periferie ove più difficile è la convivenza ed ove si consuma quotidianamente il dramma della clandestinità» - va coniugato con i principi fondamentali del nostro ordinamento ¹⁰¹². Dunque, secondo l'Autore, in attesa della soluzione definitiva del problema, bisognerebbe attuare una politica dell'immigrazione che operi una selezione degli ingressi sotto il profilo dell'affinità culturale: tale opzione è argomentata sulla base di un nesso di consequenzialità tra diversità culturale e terrorismo. E' evidente che una posizione siffatta risulta non accoglibile sia sul piano politico, in quanto è mossa da un'inaccettabile prospettiva etnocentrica, sia sotto il profilo giuridico, giacché fonda una presunzione di pericolosità su meri presupposti geopolitici.

Oltre a chi prospetta una soluzione del problema attraverso interventi nel Paese d'origine, vi è chi, invece, si è posto il problema di una risoluzione interna della questione.

In proposito, a proposte a dir poco bizzarre, sebbene già praticate in alcuni Paesi¹⁰¹³, si affiancano proposte più organiche sebbene ispirate da visioni di fondo differenti.

¹⁰¹² F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, cit., p. 1008 s.

¹⁰¹³ Alcuni propongono - per la manodopera non qualificata o a media o bassa qualificazione - un sistema a lotteria che, sul modello statunitense, accordi con sorteggio il visto tra quelli che lo hanno richiesto, cfr. A. GOLINI, *Politiche migratorie*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 300. Per l'introduzione di un *fee*, ossia di un biglietto d'ingresso per coprire i costi d'integrazione necessari, con un impianto a tariffa eventualmente riscattabile, B. ANASTASIA – P. SESTITO, *Il lavoro degli immigrati e l'economia sommersa*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 351 ss.

In una prospettiva di liberalizzazione si muove la proposta di chi giudica auspicabile l'eliminazione del sistema delle quote in favore di un sistema a punti all'ingresso, con autodeterminazione, da parte delle forze di mercato, del *quantum* di flussi sostenibile, anche per chi non abbia un preesistente contratto di lavoro e con rinegoziabilità della durata dei permessi temporanei¹⁰¹⁴.

Tra le varie proposte sembra da apprezzare - per l'interdisciplinarietà e l'organicità, la consapevolezza della complessità del problema e dei difficili assetti geopolitici, il rispetto per la dignità dei migranti ed il tentativo di addivenire ad una generale riforma del sistema di attribuzione della cittadinanza - quella elaborata dall'Asgi (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione) insieme a Magistratura democratica¹⁰¹⁵.

Partendo dalla premessa dell'impraticabilità dell'incontro a livello planetario tra domanda ed offerta di lavoro - si pensi che, attualmente, due su tre stranieri regolarmente soggiornanti raggiungono tale condizione passando per l'irregolarità; e, tuttavia, se la verifica empirica definisce questo passaggio come fisiologico, esso continua comunque a subire un trattamento penale e amministrativo di rigore¹⁰¹⁶-, la proposta dell'Asgi prevede un permesso per ricerca di lavoro¹⁰¹⁷, forme di conversione dei permessi per soggiorni brevi in permessi per soggiorni lunghi e la valorizzazione di istituti quali lo *sponsor*¹⁰¹⁸ ed il ricongiungimento familiare anche esteso alle unioni di fatto, soprattutto

¹⁰¹⁴ M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L'esercito degli invisibili*, cit., p. 133 ss.

¹⁰¹⁵ MD-ASGI, *Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione. Una svolta possibile e necessaria*, in *Quest. Giust.*, 2006, 5, p. 1082 ss

¹⁰¹⁶ A. CAPUTO, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, in *Quest. Giust.*, 2011, 3-4, p. 275.

¹⁰¹⁷ Nello stesso senso, S. NAPPI, *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, 3, p. 471, secondo cui "l'immigrazione scarsamente specializzata, che pure potrebbe trovare adeguato inserimento in attività che non esigono particolari capacità, vede sbarrata ogni possibilità di accesso dall'incompatibilità tra il vincolo che l'offerta di lavoro preceda l'ingresso ed il carattere fiduciario tipico dei rapporti di lavoro di questo genere (lavoro domestico, piccole imprese ecc.)". Solo i rapporti altamente specializzati riescono a resistere al sistema dell'incontro planetario domanda/offerta.

¹⁰¹⁸ Sull'istituto dello *sponsor*, si veda altresì E. CODINI, *Immigrazione : soluzioni flessibili per governare un fenomeno mutevole*, in *Guid. dir.*, 9 giugno 2007 n. 23, p. 11. In tale lavoro si fa riferimento anche alla proposta Amato-Ferrero che prevedeva di affiancare alla 'chiamata' la sponsorizzazione, ossia si sarebbe potuto avere un ingresso per ricerca di lavoro con garanzie economiche offerte dal soggetto o, per lui, da altri enti o da altro cittadino 'regolare'.

ove vi siano figli minori¹⁰¹⁹. Tale proposta appare valida, se si che considera che solo l'1,9% degli stranieri ha trovato lavoro attraverso i centri per l'impiego, mentre il 73,3 % usando canali e reti di conoscenze¹⁰²⁰. Ancora, viene prospettata la disciplina di meccanismi di regolarizzazione individuale e permanente degli ingressi o dei soggiorni illegali fondati, ad esempio, sul decorso del tempo e sull'accertamento della sussistenza di indici di integrazione del migrante quali, tra l'altro, la mancata commissione di reati, così superando quel 'divieto di disoccupazione' in vigore solo per gli stranieri¹⁰²¹. Ulteriormente, è reputato indispensabile l'uso dell'espulsione come *extrema ratio*¹⁰²² e giudicato urgente un intervento per l'introduzione di una disciplina dell'asilo attuativa del dettato costituzionale, ed in particolare del principio di *non refoulement*, stabilendo, tra l'altro, una procedura di esame delle domande d'asilo unica, garantita e di competenza di un'autorità amministrativa indipendente (dall'esecutivo) che contempra un ricorso effettivo

¹⁰¹⁹ Nel contributo di Magistratura Democratica - Giuristi Democratici - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 3-4, 1996, p. 896, già si rilevava l'importanza del ruolo del ricongiungimento familiare, sia per ragioni di compatibilità con gli artt. 29-31 Cost., sia per ragioni di utilità pratica, essendo dato di comune esperienza il più agevole inserimento di chi ha riferimenti familiari sul territorio.

¹⁰²⁰ 44° RAPPORTO CENSIS, cit., p. 657.

¹⁰²¹ Sulla possibilità di sanare *in itinere* lo stato di irregolarità a condizioni legislativamente prestabilite (evitando così lo schiacciamento attuale dell'immigrazione irregolare su quella clandestina), si esprime positivamente anche A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 50 ss.

¹⁰²² Già in MD-GD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, cit., p. 899, si sosteneva che solo limitando le espulsioni "a pochi casi, gravi e ben definiti, è possibile darle effettività creando un rapporto accettabile tra espulsioni decretate ed espulsioni eseguite", altrimenti il meccanismo è nei fatti inattuabile, "con la conseguenza che gli allontanamenti avvengono in maniera casuale e per lo più nei confronti di chi è meno abile e pericoloso". A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 50 ss., rileva altresì che, ridimensionando il ricorso all'accompagnamento coattivo, diventa conseguentemente possibile ricondurre la misura del trattenimento nei C.I.E. ad *extrema ratio*, contenendone la durata entro termini costituzionalmente compatibili e disciplinandone legislativamente le modalità di esecuzione. La riduzione numerica degli stranieri da allontanare permetterebbe, finalmente, anche la piena giurisdizionalizzazione dei relativi meccanismi coattivi di rimpatrio, in obbedienza all'ortodossia costituzionale dell'*habeas corpus*, attraverso l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di disporre il provvedimento di allontanamento (*ex art. 13, comma 2, Cost.*), salvo casi eccezionali di necessità e urgenza, tassativamente previsti dalla legge, giustificanti l'allontanamento amministrativo, comunque sottoposto a convalida dell'autorità giudiziaria (*ex art. 13, comma 3, Cost.*).

contro la decisione di rigetto della domanda, e l'esclusione del trattenimento dei richiedenti asilo in centri di identificazione. Viene stimata altresì essenziale la definizione di uno *status* giuridico preciso del titolare di misure di protezione umanitaria e la creazione di un sistema pubblico ed unico di accoglienza e protezione (con realizzazione decentrata, affidata agli enti locali).

D'altro canto, appare manifesta la necessità dell'eliminazione del sistema del contratto di soggiorno, secondo cui il permesso di soggiorno può essere rilasciato solo ove vi sia già un contratto di lavoro, con conseguente cessazione della situazione di regolarità ove il rapporto di lavoro per qualsiasi ragione abbia termine e non sia sostituito da un altro entro sei mesi: in tale contesto, infatti, nessuna regolare permanenza sul territorio è destinata, in sostanza, a diventare definitiva¹⁰²³. Così stando le cose, il datore di lavoro diviene un "nuovo signore feudale, padrone non solo della prestazione del lavoratore, ma anche del suo *status*, e dunque della sua libertà e del suo stesso corpo"¹⁰²⁴.

La temporaneità della presenza di lavoratori stranieri destinati ad andarsene alla fine del rapporto di lavoro per il quale sono arrivati, inoltre, contrasta nettamente con la flessibilità e la mobilità del fenomeno migratorio sia nel territorio, sia da un lavoro all'altro. Il sistema del contratto di soggiorno, infatti, è risultato sostanzialmente impraticabile in agricoltura e in larga parte dell'edilizia per le caratteristiche stagionali di quelle attività, ed anche in industria perché presuppone scarsa mobilità dei lavoratori. Esso, infine, funziona ancor meno quando il datore di lavoro è la famiglia, data la peculiarità delle relazioni che si instaurano. «Con il contratto di soggiorno si riduce il ruolo del lavoratore immigrato a semplice fornitore della prestazione fisica lavorativa, a semplice forza lavoro. Egli ha diritto di stare in Italia solo nella misura in cui lavora, anzi dimostra di lavorare (il che non è poi facile quando si lavora in alcuni settori). C'è infine il contrasto tra la legislazione sull'immigrazione tutta volta a garantire la partenza a tempi brevi per gli immigrati e la legislazione in materia di diritto del lavoro che si è andata

¹⁰²³ In questi termini, G. PALOMBARINI, *Scarti di umanità. Emarginazione, sfruttamento e ruolo dei giudici*, in *Quest. Giust.*, 2011, 6, p. 34.

¹⁰²⁴ L. PEPINO, *Guerra alla povertà o guerra ai poveri?*, in *Quest. Giust.*, 2011, 3-4, p. 299.

affermando dalla “Legge Treu” del 1996 in poi, in particolare la legge n. 30 del 2003 che postulano invece flessibilità e mobilità estreme. Con l’istituzione dei “contratti di soggiorno” tutto è divenuto molto più difficile per gli immigrati. Il contratto postula un elevato grado di regolarità e presuppone che il datore di lavoro garantisca per il lavoratore immigrato alle sue dipendenze un alloggio caratterizzato da *standards* minimi. Si sa tuttavia che queste norme spesso finiscono per essere evase grazie a documentazione poco attendibile. D’altronde, si registrano casi di mancato rinnovo del contratto di soggiorno proprio onde evitare i costi e le complicazioni relative alla garanzia dell’alloggio per il dipendente. E la situazione si aggrava ulteriormente nel caso di lavori a carattere interinale per i quali la ricerca della sistemazione alloggiativa risulta più complicata. L’esito complessivo del processo - come è facilmente intuibile - è un aumento dei rischi di disoccupazione degli immigrati (che dopo un po’ non può che trasformarsi in lavoro nero) e in ultima analisi un aumento della irregolarità»¹⁰²⁵.

Sul versante processuale, la menzionata proposta ASGI-MD promuove la razionalizzazione della ‘pluralità delle giurisdizioni’, affidando al giudice ordinario le competenze attualmente assegnate al giudice amministrativo sui provvedimenti relativi alla condizione giuridica dello straniero e restituendo al giudice togato la giurisdizione sui ricorsi contro i provvedimenti di espulsione, attribuiti dalla l. n. 271/2004 al giudice di pace; è previsto, inoltre, il superamento del vuoto procedimentale che caratterizza la tutela giurisdizionale dei migranti, attraverso - tra l’altro - la garanzia della difesa e del giusto processo e l’esclusione, nella definizione dei presupposti dei provvedimenti negativi, del ricorso ad automatismi.

La proposta contiene altresì un riferimento all’importanza di dare effettività alle misure di integrazione sociale già previste (con conseguente accesso paritario alle prestazioni dello Stato sociale e godimento dei diritti civili indipendentemente dall’esistenza di condizioni di reciprocità), ed al rilievo del riconoscimento del diritto alla diversità culturale, religiosa e linguistica, da un lato evitando trattamenti più gravi per i reati cd. culturali (ad

¹⁰²⁵ E. PUGLIESE, *Immigrazione e politiche migratorie nell’era berlusconiana*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2010.

es., le mutilazioni genitali) e la criminalizzazione di comportamenti culturali¹⁰²⁶, dall'altro promuovendo la conservazione dell'identità culturale.

Oltre a ciò, nella proposta si sottolinea l'urgenza di un passaggio, per quanto concerne la normativa in tema di soggiorno, dalla centralità del ruolo della polizia a quello delle autorità civili (centrali e decentrate) : dunque, “la disciplina del soggiorno deve abbandonare il carattere di strumento di tutela dell'ordine pubblico ed assumere quello di precisazione dei diritti e dei doveri che fanno capo a chi vive stabilmente nel territorio dello Stato”¹⁰²⁷.

Infine, si rimarca l'opportunità del riconoscimento dei diritti politici a favore degli stranieri residenti da un significativo periodo di tempo, quale mattone fondamentale per la costruzione di un nuovo suffragio universale : ciò sarebbe compatibile con l'art. 48 Cost., che prevede che tutti i cittadini sono elettori, ma non che essi soltanto possano esserlo, e con l'art. 11 l. n. 52/1996¹⁰²⁸. D'altro canto, si sostiene che sia proprio la cittadinanza a dover essere ripensata attraverso una valorizzazione dello *ius soli* - e conseguente abbandono del prevalente criterio dello *ius sanguinis* - e della prospettiva della cittadinanza di residenza¹⁰²⁹, così come avviene oggi nella gran parte dei Paesi europei.

La farraginosità delle procedure di acquisizione della cittadinanza - così come disciplinate dalla l. n. 91/1992 - è stata diffusamente rilevata, così come è

¹⁰²⁶ Tra le tante opere degli Autori sull'argomento, v. F. BASILE, *Immigrazione e 'reati culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, *passim*; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, *passim*; G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, p. 177 ss.

¹⁰²⁷ MD-GD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, cit., p. 897. Sul punto, tra l'altro, gli Autori proponevano il soggiorno per lavoro autonomo a prescindere da condizioni di reciprocità quantomeno dopo tre anni di residenza in Italia e comunque in ipotesi particolari (come quella di coniuge straniero di cittadino italiano); la convertibilità del soggiorno da uno ad altro titolo; la durata illimitata - senza necessità di periodici rinnovi - della carta di soggiorno dopo cinque anni dal primo rilascio.

¹⁰²⁸ MD-GD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, cit., p. 901.

¹⁰²⁹ Così, MD-ASGI, *Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione. Una svolta possibile e necessaria*, cit., p. 1082 ss. Già in MD-GD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, cit., p. 901, si sosteneva la necessità di riconoscere il diritto di residenza in caso di possesso di valido titolo di soggiorno, temporaneo o definitivo che fosse.

stato evidenziato l'anacronismo della legge del 1992, che è stata impostata ancora prevalentemente sul criterio dello *ius sanguinis* - criterio funzionale alla tutela dell'italiano emigrato - in una fase in cui l'Italia già non era più uno stabile esportatore di manodopera¹⁰³⁰. Infatti, i minori nati in Italia avranno automaticamente la cittadinanza solo se uno dei genitori è cittadino; se, invece, entrambi i genitori sono stranieri, il figlio diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dal raggiungimento della maggiore età, in caso di residenza legale senza interruzioni in Italia. In caso di nascita fuori dall'Italia, la cittadinanza italiana può essergli concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno se risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica : nell'esame della domanda, il Ministro dell'interno gode di un ampio margine di discrezionalità.

Senza dubbio, la proposta sin qui illustrata appare coerente e delinea un sistema di gran lunga preferibile rispetto a quello attuale.

E, tuttavia, chi scrive dubita della effettiva necessità di un controllo dei flussi, in ragione dei dati che emergono dalle statistiche economiche e socio-criminologiche.

3. E' davvero necessario un controllo dei flussi?: Profili socio-criminologici ed analisi statistiche

Nel 1861, anno dell'unità d'Italia, gli stranieri erano 88.639 (incidenza dello 0,4% sulla popolazione residente); oggi sono 4.570.317 su 60.650.000 residenti, circa 50 volte in più (incidenza del 7,5%). Se si tiene conto di circa altri 400mila cittadini stranieri, regolarmente presenti ma non ancora registrati in anagrafe, si tratta di quasi 5 milioni di persone. Viene anche accreditata la presenza di circa mezzo milione di persone in posizione irregolare¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ M. MC BRITTON – C. SERINO, *Immigrati di seconda generazione: dimensioni psico-sociali e aspetti normativi*, in *Minorigiustizia*, 2011, 1, p. 69.

¹⁰³¹ CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2011*, Roma, 2011.

Tale percentuale, così come emerge dalla tabella che segue¹⁰³², corrisponde alla media europea.

	Popolazione 2005	N. Immigrati regolari	Percentuale/ popolazione
Austria	8.189.000	1.234.000	15.1
Belgio	10.419.000	719.000	6.9
Bulgaria	7.726.000	104.000	1.3
Cipro	835.000	116.000	13.9
Danimarca	5.431.000	389.000	7.2
Estonia	1.330.000	202.000	15.2
Finlandia	5.249.000	156.000	7.8
Francia	60.496.000	6.417.000	10.7
Germania	82.689.000	10.144.000	12.3
Grecia	11.120.000	974.000	8.8
Irlanda	4.148.000	585.000	14.1
Italia	58.093.000	2.519.000	4.3
Lettonia	2.307.000	449.000	19.5
Lituania	3.431.000	165.000	4.8
Lussemburgo	465.000	174.000	37.4
Malta	402.000	11.000	2.7
Olanda	16.299.000	1.638.000	10.1
Polonia	38.530.000	703.000	1.8
Portogallo	10.495.000	764.000	7.3
Romania	21.711.000	133.000	0.6
Rep. Ceca	10.220.000	453.000	4.4
Regno Unito	59.668.000	5.408.000	9.1
Slovacchia	5.401.000	124.000	2.3
Slovenia	1.967.000	167.000	8.5
Spagna	43.064.000	4.790.000	11.1
Svezia	9.041.000	1.117.000	12.4
Ungheria	10.098.000	316.000	3.1
TOTALE	488.824.000	39.971.000	8.18

¹⁰³² Pubblicata in S. BERTOZZI, *Migrazione legale: c'è veramente bisogno di più Europa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 6, p. 1041, ed elaborata sulla base dei dati raccolti dalla Divisione della popolazione del Dipartimento delle Nazioni Unite per gli affari sociali ed economici per l'anno 2005. Dati tendenzialmente confermati dal rapporto EUROSTAT del 2009, secondo cui la Germania è il Paese UE con il maggior numero di cittadini stranieri: 7,3 milioni, pari al 8,8% della popolazione. Seguono Spagna (5,3 milioni), Regno Unito (4 milioni) e Francia (3,7 milioni). Al quinto posto l'Italia, con 3,4 milioni di cittadini stranieri, pari al 5,8% della popolazione totale. Complessivamente, più del 75% dei cittadini stranieri dell'Ue vivono in questi cinque Paesi. Il maggior numero di cittadini stranieri vive quindi, ovviamente, nei Paesi più grandi. Se, anziché in termini assoluti, si guarda al fenomeno dal punto di vista della percentuale di immigrati, in rapporto alla popolazione locale, la più alta concentrazione si registra invece in Lussemburgo, dove sono "stranieri" il 43% dei residenti. Seguono Lettonia (18%), Estonia (17%), Cipro (16%), Irlanda (13%) e Spagna (12%).

Tali dati, già sul piano europeo, mostrano quanto si proverà a verificare a livello nazionale, ossia che la percentuale totale degli immigrati non è tale da provocare emergenze nelle società dei Paesi ospitanti : anzi, vista la crescente carenza di lavoratori professionalmente non qualificati, il progressivo invecchiamento della popolazione attiva ed un preoccupante deterioramento delle finanze pubbliche, il numero di migranti sembra compatibile con la capacità di assorbimento del mercato di lavoro europeo ¹⁰³³.

L'indagine volta a mostrare la possibilità che un'eliminazione del controllo dei flussi si riveli proficua per il nostro Paese si articolerà in due parti : una prima socio-criminologica, ed una seconda economica.

Quanto al primo aspetto, è opinione corrente che “nelle statistiche sulla presenza dei detenuti degli ultimi 20 anni, la costante crescita della popolazione carceraria è unicamente addebitabile all'aumento di stranieri, essendo rimasta in sostanza stabile la quota riferibile agli italiani”.¹⁰³⁴ Per spiegare i maggiori tassi di carcerizzazione dei migranti si sono usate, nel tempo, tre teorie : quella del controllo sociale secondo cui laddove vi sono maggiore povertà, carenza di controlli esterni e minori legami sociali vi è un maggiore tasso di delinquenza; quella del conflitto di culture, secondo cui taluni reati sarebbero commessi dall'immigrato poiché resta fedele alle norme di condotta del suo gruppo¹⁰³⁵; quella della tensione e della privazione relativa, fondata sul contrasto tra struttura culturale e sociale, ossia tra le mete verso cui

¹⁰³³ S. BERTOZZI, *Migrazione legale: c'è veramente bisogno di più Europa?*, cit., p. 1041. L'Autore ricorda che il Libro Verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica lancia un chiaro segnale di allarme in questa direzione: “Nel periodo 2010-2030, al ritmo degli attuali flussi migratori, il calo della popolazione in età attiva nell'UE-25 comporterà una riduzione del numero degli occupati di circa 20 milioni di unità”.

¹⁰³⁴ S. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in *Cass. pen.*, n. 5 / 2008, p. 1727 ss.; già alla fine degli anni '70 del secolo scorso, relativamente al fenomeno delle migrazioni interne, si sosteneva la stretta correlazione fra migrazione e criminalità, qualificando i meridionali come esportatori di criminalità in pressoché tutti i settori. Sulle ricerche di Rudas e Puggioni, v. T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 2003, p. 257 ss.

¹⁰³⁵ In proposito, T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 261, rilevano il ruolo della “assenza di quei legami, di natura storica e culturale, fra l'Italia e le zone di provenienza, che possono almeno in parte rendere meno traumatico l'impatto con la nazione ospitante”.

tendere - fissate dai modelli occidentali - e la mancanza di opportunità di accedere a mezzi legali per raggiungerle¹⁰³⁶. Ora, posto che le differenze culturali non riescono a spiegare interamente il fenomeno, perché molti atti sono variamente condannati oggi in tutte le società, e che la teoria del controllo sociale non tiene conto del fatto che gli spostamenti migratori avvengono, in genere, solo ove sussista già nel Paese di arrivo una rete sociale e familiare attiva, la teoria della privazione relativa è ritenuta da taluni Autori quella più idonea a fornire una spiegazione dei fenomeni in esame; ciò spiegherebbe da un lato la maggiore percentuale di commissioni di reati nel nord d'Italia rispetto al sud - insieme all'altro fattore della maggiore omogeneità culturale tra i Paesi al sud del mondo -, dall'altro la maggiore percentuale di reati commessi dagli immigrati di seconda generazione, che hanno aspirazioni ed aspettative maggiori¹⁰³⁷.

¹⁰³⁶ Sulle teorie della devianza, cfr. fra gli altri M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 185 ss.; M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, p.13 ss. Per un'interpretazione non accettabile della teoria della privazione relativa, che condurrebbe ad affermare l'esistenza di una particolare propensione a delinquere degli immigrati, v. le teorie di Segre, riportate da T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 276 s.

¹⁰³⁷ Così, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 194 ss. V., anche, M. PAVARINI, *Sicurezza dei diritti, non diritto alla sicurezza*, intervista pubblicata su <http://www.ristretti.it/interviste/giustizia/pavarini2.htm>, secondo cui «certo ci fa comodo che gli immigrati facciano alcuni lavori ingrati a cinque euro lordi all'ora; che facciano le badanti sì, anche questo va bene, ma poi non li vogliamo integrati. Deve essere però a tutti chiaro che così facendo non si limita il flusso di stranieri nel nostro Paese. Questa strategia è quindi destinata a fallire: ma se le risorse sono poche e il nostro sistema economico non prevede per il futuro, neppure per la seconda generazione, un vero modello di inclusione degli immigrati e dei loro figli, allora è facile essere profeti di sventura. Per chi lavora nel sociale, oggi giorno sono ancora "rose e fiori": l'emergenza securitaria scoppierà quando i figli degli immigrati, nati in Italia, entreranno nella fase dell'adolescenza e della gioventù. Sul punto la letteratura è concorde: il vero problema della devianza è la seconda generazione, che parlerà con l'accento dialettale delle nostre comunità, ma che avrà comunque la pelle nera e che, se non integrata, si sentirà – e a ragione – di serie B». Va osservato tuttavia che, secondo Sellin, anche la teoria del conflitto culturale spiegherebbe la crescita dei tassi di criminalità della seconda generazione, in quanto «il conflitto culturale non si verifica tanto nella prima generazione, che resta tenacemente attaccata ai valori di origine, quanto appunto nella seconda, che si trova esposta a norme contrastanti (da un lato, quelle trasmesse dai genitori ed appartenenti alla cultura d'origine, e dall'altro quelle trasmesse dalla nuova cultura d'insediamento, attraverso il contatto con il gruppo dei pari e con il sistema scolastico), e deve faticosamente integrare le une con le altre per ottenere una serie di norme univoche»; sul punto, cfr. T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, p. 245 s. Altri Autori, invece, hanno posto l'accento sulle sfavorevoli condizioni economiche dei nuclei familiari immigrati ed hanno sostenuto che gli elevati tassi sono in realtà sovrapponibili a

Tuttavia, nessuna di queste teorie è in grado di spiegare compiutamente la iper-rappresentazione degli stranieri nelle statistiche criminali, che si rivela del tutto anomala.

E' possibile una diversa lettura dei dati sui tassi di carcerizzazione.

Secondo i dati del 44° rapporto Censis, circa il 36,9 % dei detenuti è straniero¹⁰³⁸, ed il rapporto è abbastanza omogeneo anche rispetto agli istituti minorili¹⁰³⁹. I dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica mostrano che tale percentuale, al giugno 2011, era scesa al 35,96%. Contestualmente, si registra una generale diminuzione del tasso di criminalità¹⁰⁴⁰. L'incidenza degli stranieri tra i denunciati, però, varia molto a seconda dei reati. Si va da incidenze basse, come il 3% per le rapine in banca o il 6% per quelle negli uffici postali, al poco meno del 70% che caratterizza i "furti con destrezza". Tra questi due estremi, gli stranieri costituiscono il 51% dei denunciati per rapina in abitazione o furto in abitazione, e il 45% dei denunciati per rapina in pubblica via, il 19% per le estorsioni, il 29% per le truffe e le frodi informatiche. Intorno ad un terzo dei denunciati troviamo gran parte dei reati violenti. La quota di stranieri qui va dal 39% dei denunciati per violenze sessuali al 36% per gli omicidi consumati e al 31% per quelli tentati, al 27% dei denunciati per il reato di lesioni dolose. Simili sono poi le percentuali di stranieri sul totale degli arrestati per alcuni reati predatori strumentali, come i furti di autovetture (38%), gli scippi (29%)¹⁰⁴¹.

quelli degli autoctoni che vivono nelle stesse condizioni. Altri ancora hanno spiegato questo dato rifacendosi alla teoria del controllo o alla percezione del razzismo dell'ambiente circostante; in proposito, v. T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 251 ss.

¹⁰³⁸ CENSIS, *44° Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, 2010, Roma, p. 627.

¹⁰³⁹ 44° Rapporto CENSIS, cit., p. 666, ove si rileva che il 38,8 % dei minori detenuti è straniero. T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 272, rilevano che "la delinquenza che conduce in istituto penale i minori stranieri è relativamente meno grave di quella dei minori italiani" e che "i procedimenti a carico dei minori stranieri si concludono con provvedimenti spesso più severi e penalizzanti rispetto a quelli adottati nei confronti degli italiani".

¹⁰⁴⁰ 44° Rapporto CENSIS, cit., p. 662.

¹⁰⁴¹ Cfr. Elaborazioni su dati SDI del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale della Polizia Criminale, su http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0900_rapporto_criminalita.pdf

**DETENUTI PRESENTI PER POSIZIONE GIURIDICA, SESSO E NAZIONALITA'
SERIE STORICA SEMESTRALE 1991 - 2011**

Data di rilevazione	Posizione giuridica				Sesso		Nazionalità	
	Imputati	Condannati	Internati	Totale	Donne	% rispetto ai presenti	Stranieri	% rispetto ai presenti
30/06/1991	17.103	12.698	1.252	31.053	1.572	5,06	nd	nd
31/12/1991	19.875	14.319	1.275	35.469	1.892	5,33	5.365	15,13
30/06/1992	24.579	18.510	1.335	44.424	2.411	5,43	nd	nd
31/12/1992	25.343	20.567	1.406	47.316	2.568	5,43	7.237	15,30
30/06/1993	26.789	23.718	1.430	51.937	2.805	5,40	nd	nd
31/12/1993	25.497	23.503	1.348	50.348	2.525	5,02	7.892	15,67
30/06/1994	26.041	27.203	1.372	54.616	2.668	4,89	nd	nd
31/12/1994	23.544	26.265	1.356	51.165	2.311	4,52	8.481	16,58
30/06/1995	23.559	27.093	1.321	51.973	2.366	4,55	nd	nd
31/12/1995	19.431	26.089	1.388	46.908	1.999	4,26	8.334	17,77
30/06/1996	20.452	26.882	1.360	48.694	2.081	4,27	8.803	18,08
31/12/1996	19.375	26.962	1.372	47.709	2.099	4,40	9.373	19,65
30/06/1997	21.242	26.987	1.325	49.554	2.060	4,16	10.609	21,41
31/12/1997	20.510	26.646	1.339	48.495	1.938	4,00	10.825	22,32
30/06/1998	21.854	27.451	1.273	50.578	1.976	3,91	11.695	23,12
31/12/1998	21.952	24.551	1.308	47.811	1.832	3,83	11.973	25,04
30/06/1999	23.342	26.167	1.347	50.856	2.067	4,06	13.317	26,19
31/12/1999	23.699	26.674	1.441	51.814	2.190	4,23	14.057	27,13
30/06/2000	23.766	28.321	1.450	53.537	2.271	4,24	14.918	27,86
31/12/2000	24.295	27.414	1.456	53.165	2.316	4,36	15.582	29,31

30/06/2001	24.989	28.962	1.442	55.393	2.440	4,40	16.378	29,57
31/12/2001	23.302	30.658	1.315	55.275	2.421	4,38	16.294	29,48
30/06/2002	22.411	32.729	1.137	56.277	2.496	4,44	17.049	30,29
31/12/2002	21.682	32.854	1.134	55.670	2.469	4,44	16.788	30,16
30/06/2003	20.524	34.695	1.184	56.403	2.565	4,55	16.636	29,49
31/12/2003	20.225	32.865	1.147	54.237	2.493	4,60	17.007	31,36
30/06/2004	20.151	35.291	1.090	56.532	2.660	4,71	17.783	31,46
31/12/2004	20.036	35.033	999	56.068	2.589	4,62	17.819	31,78
30/06/2005	21.037	36.995	1.093	59.125	2.858	4,83	19.071	32,26
31/12/2005	21.662	36.676	1.185	59.523	2.804	4,71	19.836	33,32
30/06/2006	21.820	38.193	1.251	61.264	2.923	4,77	20.221	33,01
31/12/2006	22.145	15.468	1.392	39.005	1.670	4,28	13.152	33,72
30/06/2007	25.514	17.042	1.401	43.957	1.922	4,37	15.658	35,62
31/12/2007	28.188	19.029	1.476	48.693	2.175	4,47	18.252	37,48
30/06/2008	30.279	23.243	1.535	55.057	2.410	4,38	20.617	37,45
31/12/2008	29.901	26.587	1.639	58.127	2.526	4,35	21.562	37,09
30/06/2009	31.281	30.549	1.800	63.630	2.779	4,37	23.609	37,10
31/12/2009	29.809	33.145	1.837	64.791	2.751	4,12	24.067	37,15
30/06/2010	29.691	36.781	1.786	68.258	3.003	4,40	24.966	36,58
31/12/2010	28.782	37.432	1.747	67.961	2.930	4,31	24.954	36,72
30/06/2011	28.363	37.376	1.655	67.394	2.913	4,32	24.232	35,96

A parere di chi scrive, la connessione quasi automatica che viene rintracciata tra immigrazione, soprattutto irregolare, e criminalità, è frutto di una prevalente lettura distorta¹⁰⁴² delle statistiche in questione, che senza dubbio evidenziano un altissimo tasso di carcerizzazione straniera, specialmente per reati di gravità scarsamente significativa.

¹⁰⁴² Vittima di tale lettura distorta appare, tra i tanti, E. DI CAGNO, *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 68.

Come è stato rilevato, tale distorsione è determinata - tra l'altro - dall'eterogeneità dei termini a confronto, ossia la popolazione autoctona e quella immigrata, posto che in quest'ultima sono maggiormente presenti quelle fasce (per età e per sesso) più rappresentate nelle rilevazioni dei comportamenti criminali¹⁰⁴³; dall'oggetto stesso delle statistiche, spesso limitato ai reati denunciati e, quindi, orientato a fotografare i fenomeni più visibili (ma non necessariamente più pericolosi); dall'espansione conosciuta dai reati propri, non solo in senso tecnico, dello straniero¹⁰⁴⁴ e dai reati artificiali, provocati da una politica proibizionistica, che partendo dagli autori fa emergere i fatti penalmente rilevanti¹⁰⁴⁵. Ancora, influiscono sui dati statistici le prassi delle agenzie di controllo, tendenti a criminalizzare maggiormente le persone provenienti dagli strati sociali inferiori ed estranee al tessuto sociale, nonché la maggiore disponibilità alla denuncia da parte della vittima¹⁰⁴⁶. E' stato ulteriormente rilevato che le condanne degli stranieri divengono più velocemente definitive, a causa di una minore praticabilità del diritto di difesa¹⁰⁴⁷ e del più frequente ricorso ai riti alternativi; da ciò discenderebbero

¹⁰⁴³ Secondo i dati riportati nel 44° Rapporto CENSIS, cit., p. 665 s., al 31 dicembre 2009, su 64.791 detenuti il 95, 8% era di sesso maschile, ed il 4, 2% femminile. Inoltre, il 45, 1 % ha meno di 34 anni ed il 75, 6 % ha al massimo 44 anni.

¹⁰⁴⁴ A. CAPUTO, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, cit., p. 276 s.

¹⁰⁴⁵ In proposito, è interessante l'analisi di A. CAPUTO, *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, cit., p. 289, ove si segnala che - posto il peso enorme dei reati collegati all'espulsione - questo sia minore nelle regioni meridionali; probabilmente perché in queste regioni vi sarebbe una minore domanda di controllo sociale e l'attenzione su fenomeni criminali più rilevanti.

¹⁰⁴⁶ Così, J. MANSEL, *Criminalità come tratto distintivo dei discendenti dei lavoratori stranieri?*, in *Dei delitti e delle pene*, 86, 3, p. 549. L'Autore, che svolge un'analisi in riferimento agli stranieri, italiani e turchi, in Germania, rileva che gli stranieri sono gravati meno dei tedeschi, fatta eccezione per quei delitti in cui la vittima ha un contatto immediato con il reo (reati contro l'autodeterminazione sessuale, rapina ed estorsione); dato probabilmente addebitabile al fatto che gli agenti, essendo stranieri, sono più frequentemente denunciati dalla vittima. In proposito, v. pure T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 264 ss.

¹⁰⁴⁷ T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 267 s. : «Da tali ricerche risulta, in primo luogo, che gli immigrati vengono difesi poco e male da parte degli avvocati e non sono adeguatamente assistiti da parte degli interpreti. Tale maggiore "debolezza" degli immigrati sul piano processuale comporta per loro anche una minore possibilità di prolungare il processo attraverso il ricorso in Appello o in Cassazione e, conseguentemente, una minore probabilità di usufruire di amnistie o di essere prosciolti per prescrizione del reato. Anche il fatto di aver subito la custodia cautelare aumenta

anche più alti tassi di incarcerazione ed una maggiore durata media della detenzione¹⁰⁴⁸; inoltre, molto rilevanti sono i livelli di carcerazione preventiva e poche le probabilità di accedere ad alternative al carcere o di ottenere la sospensione condizionale¹⁰⁴⁹: si pensi, solo per fare un esempio, all'ultimo decreto svuota carceri n. 211/2011 (convertito in l. n.9/2012), che non ha considerato che la maggior parte della popolazione carceraria attuale non ha un domicilio. A ciò va aggiunta la minor permissività verso i trasgressori stranieri e il maggiore *turn-over* in carcere, dovuto al sistema delle espulsioni¹⁰⁵⁰, nonché l'aumento della quota di popolazione degli immigrati¹⁰⁵¹. Altri problemi rilevati, sebbene nell'ambito di un'analisi comparata non avente ad oggetto l'Italia, sono la mancata disaggregazione dai dati sui tassi di carcerazione degli stranieri, regolari e non, di quelli inerenti a fatti commessi dagli "stranieri di passaggio", nonché la confusione tra cittadinanza e luogo di nascita nel confronto dei dati statistici¹⁰⁵².

E' stato altresì evidenziato che più restrittive sono le politiche immigratorie statuali, più alti sono i tassi di incarcerazione degli stranieri e la diffusione della credenza popolare per cui gli immigrati aumenterebbero i tassi di criminalità del Paese¹⁰⁵³.

D'altro canto, va osservato che il processo di inserimento degli immigrati nell'area criminale si determina solo ai livelli più bassi, così come avviene nell'ambito lavorativo, ove sembra prevalente l'accesso al solo lavoro

la probabilità di essere condannati» in quanto «tale decisione influenza il giudizio in modo negativo per l'imputato».

¹⁰⁴⁸ Cfr. il contributo, un po' datato ma attuale, di D. PADOVAN, *L'immigrato, lo straniero, il carcere : il nuovo razzismo nelle cittadelle occidentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 93, 1, p. 154. Analogamente, A. BEVERE, *Il diritto penale del nemico nelle aule di giustizia*, in *Crit. dir.*, 2008, 3-4, p. 232 s.

¹⁰⁴⁹ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose : sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 149 s. In tal senso, nel Rapporto CENSIS 2010, cit., p. 630, si rileva che il 51 % dei condannati sconta una pena o una pena residua inferiore a tre anni e, quindi, avrebbe i requisiti per usufruire delle misure alternative alla detenzione.

¹⁰⁵⁰ D. PADOVAN, *L'immigrato, lo straniero, il carcere : il nuovo razzismo nelle cittadelle occidentali*, cit., p. 152 s.

¹⁰⁵¹ J. MANSEL, *Criminalità come tratto distintivo dei discendenti dei lavoratori stranieri?*, cit., p. 545.

¹⁰⁵² J. P. LYNCH, R. J. SIMON, *Saggio comparativo sul coinvolgimento criminale di immigrati e autoctoni in 7 Nazioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, 3, p. 24 s.

¹⁰⁵³ J. P. LYNCH, R. J. SIMON, *Saggio comparativo sul coinvolgimento criminale di immigrati e autoctoni in 7 Nazioni*, cit., p. 29 s.

stabile e irregolare, o ancor di più instabile ed irregolare¹⁰⁵⁴. Essi, in tutti i campi, finiscono per rimpiazzare i soli posti “liberati” dalla forza lavoro autoctona; così lo spaccio minuto di droga e la prostituzione sembrano essere i naturali settori di impiego nell’economia criminale (e, dunque, non è per opera degli immigrati che l’offerta di droga e di prestazioni sessuali mercenarie aumenta)¹⁰⁵⁵. Gli stranieri, quindi, non operano mai in condizioni di “concorrenza”¹⁰⁵⁶: sono il nuovo proletariato lavorativo e criminale, che poco mette a rischio tanto la sicurezza dei diritti quanto il diritto alla sicurezza dei cittadini¹⁰⁵⁷.

Quanto poi l’allarme sociale si crei indipendentemente da un’effettiva esperienza di lesione di propri beni, è dimostrato dal dato per cui sono gli immigrati stessi a subire molto più frequentemente reati commessi da immigrati, e specialmente da propri connazionali¹⁰⁵⁸.

Anche i discorsi legati alla nazionalità degli immigrati - che mostrano alle vette delle classifiche rumeni, albanesi, marocchini, algerini, tunisini in relazione allo spaccio di sostanze stupefacenti e tedeschi ed irlandesi per quanto riguarda le rapine in banca ed in uffici postali - si rivelano non funzionali ad una corretta analisi generale. Infatti, benché taluni gruppi siano

¹⁰⁵⁴ Sui profili relativi all’inserimento lavorativo, E. NOCIFORA, *Il mercato del lavoro degli extracomunitari nell’Italia degli anni novanta*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 1, p. 100 ss. L’Autore evidenzia la preferenza per il lavoratore straniero nelle aree di lavoro stabile ed irregolare, caratterizzate da occupazioni manuali ripetitive ed usuranti; o instabile ed irregolare, ossia soprattutto i lavori agricoli a carattere stagionale con assunzione sostanzialmente quotidiana.

¹⁰⁵⁵ M. PAVARINI, *Il diritto penale dell’immigrato straniero*, cit., p. 117 s.

¹⁰⁵⁶ Così, sotto due profili diversi, E. NOCIFORA, *Il mercato del lavoro degli extracomunitari nell’Italia degli anni novanta*, op. cit.; M. PAVARINI, *Il diritto penale dell’immigrato straniero*, op. cit.

¹⁰⁵⁷ Fa emergere la necessità di distinguere a seconda della tipologia di reato, rilevando ad esempio che nei settori della cocaina e della marijuana la percentuale di stranieri è maggiore tra i trafficanti che tra gli spacciatori e che spesso sono proprio gli stranieri ad occuparsi del traffico di migranti, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 73 ss. Tuttavia, lo stesso Autore ammette che la crescita dei reati degli immigrati non vi è stata per tutte le attività illecite, né a tutti i livelli a cui queste vengono di solito svolte.

¹⁰⁵⁸ M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 161 ss. Ed infatti, mentre i reati contro il patrimonio sono commessi per lo più nei confronti di italiani, la maggior parte dei reati contro la persona sono commessi verso immigrati, notoriamente più vulnerabili. Tuttavia, l’Autore ritiene che la crescita dell’eterogeneità della popolazione - e, dunque, l’aumento di immigrati - accentuerebbe le possibilità tanto di interazione quanto di conflitto con gli italiani, così come influirebbe nello stesso senso l’abbattimento della segregazione residenziale.

decisamente sottorappresentati nelle statistiche penali pur rappresentando una quota non marginale degli immigrati (si prenda l'esempio dei filippini o degli indiani), tuttavia, la maggior parte dei gruppi nazionali ha posizioni oscillanti nelle statistiche criminali, sia per tipologia di reati che per percentuale dei reati commessi (ad esempio, la quota degli ex jugoslavi arrestati o denunciati per furto era altissima alla fine degli anni '80, ma ha subito dal 1990 in poi una progressiva flessione passando dal 40% al 9%; i rumeni hanno una posizione assolutamente marginale rispetto alla produzione, al traffico, allo spaccio di sostanze stupefacenti; i marocchini hanno un ruolo predominante nello spaccio delle sostanze stupefacenti ed in taluni reati contro la persona, ma non in taluni reati contro il patrimonio ecc.)¹⁰⁵⁹. Inoltre, il tasso di criminalità dipende anche dalla quota di popolazione presente; ed, infatti, "la collettività romena è la più numerosa, con quasi 900mila residenti; seguono albanesi e marocchini, quasi mezzo milione ciascuno, mentre cinesi e ucraini sono quasi 200mila. Nell'insieme, queste 5 collettività coprono più della metà della presenza immigrata (50,7%). Gli europei sono la metà del totale, gli africani poco più di un quinto e gli asiatici un sesto, mentre gli americani incidono per meno di un decimo"¹⁰⁶⁰.

Va detto che se anche dalle statistiche emergesse una sovraesposizione criminale degli stranieri irregolari, il dato sarebbe neutro per quanto riguarda la prognosi di pericolosità di singole persone¹⁰⁶¹: tale asserzione è tanto avversata dalla politica per ragioni elettorali, quanto lodevolmente fatta emergere dalla Consulta.

Dev'essere, ancora, rimarcato un ultimo dato di non poco conto, ossia che tutte le leggi volte a contingentare in vario modo il flusso di migranti hanno prodotto tendenzialmente una breve flessione dei denunciati stranieri, seguita da una crescita nei periodi immediatamente seguenti¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ Per l'elaborazione dei relativi dati del CED del Ministero dell'Interno, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 140 ss. Per dati più aggiornati, ma assolutamente analoghi, 44° Rapporto CENSIS, cit., p. 666 s.

¹⁰⁶⁰ CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, cit., p. 3.

¹⁰⁶¹ A. CAPUTO, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, cit., p. 276.

¹⁰⁶² Così, M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, cit., p. 132 s. Tuttavia, l'Autore giustifica questi risultati deludenti in ragione della mancata effettiva riduzione sensibile dei flussi migratori irregolari, dipendente, a sua volta, dall'assenza di meccanismi di controllo

Specularmente, l'introduzione di nuovi reati connessi alla condizione di clandestinità e l'inasprimento sanzionatorio in relazione a reati già esistenti non hanno aumentato il numero delle espulsioni¹⁰⁶³.

L'analisi critica dei dati sui tassi di carcerizzazione, fin qui esposta, ci permette di comprendere il perché dell'anomala iper-rappresentazione degli stranieri nelle statistiche criminali e di evitare la scorretta identificazione delle ragioni dell'aumento della criminalità - sempre ammesso che esso sussista - nella crescita dei flussi migratori¹⁰⁶⁴.

D'altro canto, politiche di deregolamentazione del controllo dei flussi inciderebbero senza dubbio sugli introiti e, quindi, sulle dimensioni della criminalità organizzata straniera e nostrana, facendo venir meno sia il fenomeno dei traffici illeciti per giungere nel nostro Paese, sia - almeno parzialmente - quello dello sfruttamento degli irregolari presenti sul nostro territorio.

L'altro versante dell'indagine da svolgere è quello socio-economico.

Sotto questo profilo, lo sguardo verso la questione immigrazione è stato definito "strabico" in quanto "rivolto, da un lato, alle braccia di cui sono tanto bramosi le imprese e, dall'altro, all'elettore che teme come la peste chi gli viene presentato, mediante messaggi espliciti o subliminali, come un minaccioso alieno"¹⁰⁶⁵.

Anzitutto, è evidente il fallimento della politica dei "decreti flusso", flussi che avrebbero dovuto essere costituiti da persone residenti all'estero destinate ad arrivare in Italia grazie alla chiamata nominativa. Infatti, va rilevato, da un lato, che le quote da anni non servono più a regolamentare i nuovi ingressi, ma solo a far emergere una parte degli irregolari presenti sul

interni e di accordi di riammissione soddisfacenti con i Paesi di origine, dalla sussistenza di una vasta area di economia sommersa, dalla mancanza di un sistema di quote realistico.

¹⁰⁶³ In proposito, in relazione all'introduzione del reato di immigrazione clandestina ed all'inasprimento delle pene per l'ipotesi di rifiuto di farsi identificare, A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 95 ss.

¹⁰⁶⁴ In tal senso, v. T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 278, secondo cui "Quello che si può sostenere è che i dati statistici non permettono di confermare l'ipotesi che gli stranieri commettano più reati degli autoctoni, mentre alcune ricerche di tipo qualitativo consentono di affermare che sono presenti nel nostro Paese, in una certa misura, processi di discriminazione sociale e giudiziaria nei confronti degli immigrati".

¹⁰⁶⁵ J. R. BILONGO, *Noi migranti*, in *Quest. Giust.*, 2011, 3-4, p. 266.

territorio, fingendo che siano chiamati *ex novo*¹⁰⁶⁶; dall'altro, che il numero fissato dai decreti flussi è stato sempre inferiore all'offerta di lavoro in Italia, come dimostrano le sanatorie successive : il sistema sembra così volto alla consapevole produzione dell'irregolarità¹⁰⁶⁷. Inoltre, la programmazione dei flussi è altamente selettiva; e, tuttavia, la selezione avviene attraverso criteri discriminatori e non universalistici: ad esempio, la quota di posti riservati a specifiche nazionalità - in ragione di accordi con i Paesi di origine - è cresciuta dal 10% del 1998 al 53% del 2010; altrettanto è avvenuto per quanto riguarda particolari categorie di occupazione, in virtù della loro maggiore accettazione da parte dell'opinione pubblica (ad esempio, alle collaboratrici domestiche è stata riservata una quota del 70% nel 2008, e del 30% nel 2010)¹⁰⁶⁸.

Le sanatorie, a loro volta, si presentano altamente contraddittorie : si pensi che alla legge cd. Bossi-Fini si è accompagnata la più ampia sanatoria della storia dell'immigrazione italiana. Esse hanno un ruolo di incentivo all'immigrazione irregolare nella speranza di una regolarizzazione *ex post*, e contestualmente decretano il fallimento della disciplina ordinaria (similmente ai provvedimenti di amnistia e di indulto) : la gestione di fatto dell'immigrazione, dunque, opera in violazione della legge sulla base di un meccanismo occasionale ed eventuale, non stabilizzato nel contesto di una disciplina ordinaria che attribuisse, ad esempio, all'acquisizione di un posto di lavoro la funzione di causa di estinzione del reato di ingresso e permanenza illecita¹⁰⁶⁹. Peraltro, solo in un passato relativamente recente le sanatorie hanno iniziato a prevedere il requisito della effettiva occupazione, essendo precedentemente totalmente slegate da quest'ultimo¹⁰⁷⁰. Ciò dimostra una preminenza delle funzioni di ordine pubblico rispetto a quelle di governo del mercato del lavoro, in un contesto in cui le politiche sociali in materia di

¹⁰⁶⁶ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009*, cit., p. 13.

¹⁰⁶⁷ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, cit., p. 28.

¹⁰⁶⁸ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 44 s.

¹⁰⁶⁹ M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., p. 269 s.

¹⁰⁷⁰ S. NAPPI, *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, cit., p. 460. Sulla contraddittorietà della dinamica delle sanatorie, v. altresì E. CODINI, *Senza un efficace sistema dell'ingresso legale non si può controllare l'immigrazione irregolare*, in *Guid. Dir.*, 2009, 36, p. 10 ss.

immigrazione risultano essere recessive rispetto a quelle di sicurezza, anche a livello europeo¹⁰⁷¹.

D'altro canto, i fenomeni migratori sono guidati non da libere scelte soggettive, ma da ragioni economico-sociali profonde e radicate, cosa che li rende incompressibili con politiche di blocco¹⁰⁷², che peraltro finirebbero sempre con l'essere inefficaci, considerato che - per quel che concerne l'immigrazione via mare, che costituisce solo una parte del totale - l'Italia ha 8000 km di coste e che molti Paesi rivieraschi non appartengono all'UE e sono ad elevata pressione migratoria¹⁰⁷³.

Partendo, dunque, dal presupposto per cui vietare non significa automaticamente impedire, e dalla consapevolezza che le politiche migratorie protezionistiche degli ultimi anni sono sostanzialmente fallite, bisogna interrogarsi sul se effettivamente una politica di controllo dei flussi sia funzionale o meno alla protezione di qualche bene giuridico. Infatti, anche la regolamentazione amministrativa dei flussi migratori non può essere fine a se stessa, ma deve mirare a tutelare beni giuridici, individuali e collettivi; ed "il controllo e la gestione dei flussi" non costituiscono un bene giuridico, neppure strumentale, quanto piuttosto la *ratio* di tutela di una disciplina rigida, inefficace e connotata da aspetti marcatamente autoritari¹⁰⁷⁴.

D'altro canto, "quando tutte le soluzioni tentate danno risultati sbagliati, l'errore è allora nell'impostazione del problema"¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷¹ L. CALAFA', *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona*, cit., p. 551 : "Non è la sicurezza solidale, ma la sicurezza ancora privata di una compiuta dimensione sociale ovvero la sicurezza *sans phrase* ad emergere dato che, dopo un cinquantennio caratterizzato da un'attesa di compiute attribuzioni di competenze in materia, oggi appare chiaramente che la timidezza del legislatore abbia lasciato uno spazio troppo esteso alla sicurezza, il criterio ordinatore dell'ordinamento giuridico sovranazionale in materia di stranieri, confermando a livello europeo quanto già riconosciuto a livello nazionale".

¹⁰⁷² MD-GD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, cit., p. 895. In senso conforme, T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, cit., p. 261 rilevano che "la motivazione all'immigrazione in Italia fa riferimento in misura maggiore a fattori di espulsione dai Paesi di esodo che a fattori di attrazione nei Paesi di approdo".

¹⁰⁷³ P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., p. 127.

¹⁰⁷⁴ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 3.

¹⁰⁷⁵ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», op. cit., p. 49.

Va preliminarmente osservato, peraltro, che l'Italia non vive una situazione anomala rispetto agli altri Paesi di immigrazione, neanche a seguito delle vicende politiche arabe del 2011, che hanno comportato un afflusso di migranti cospicuo, ma non eccezionale¹⁰⁷⁶. Per quanto riguarda i dati relativi alla dimensione del fenomeno, infatti, emerge che, relativamente ai Paesi dell'Europa meridionale e ad alcuni Paesi dell'Europa centrale (come Francia ed Austria), una consistente presenza di migranti regolari è stata determinata dalle regolarizzazioni e dalle sanatorie (individuali o collettive), e, in rapporto ai Paesi dell'Europa centrosettentrionale, dall'accoglimento delle domande di richiedenti asilo e rifugiati. Insomma, i Paesi che hanno avuto tassi di regolarizzazione più bassi sono quelli che hanno assorbito più rifugiati, e viceversa, con una sostanziale compensazione del numero delle entrate. Un secondo meccanismo di transizione massiccia dall'irregolarità alla regolarità, che ha agito in modo omogeneo in tutti i Paesi U.E., è stato l'allargamento a nuovi Stati membri¹⁰⁷⁷. Ancora, il numero di irregolari in Italia non è maggiore di quello degli altri Stati¹⁰⁷⁸, e le strategie di cooperazione con i Paesi terzi, così come le politiche di controllo interno ed esterno degli altri Paesi europei non sono più efficienti di quelle dell'Italia¹⁰⁷⁹. Sostanzialmente uniformi sono anche le strategie repressive di tipo penale¹⁰⁸⁰.

Il divario - come si è visto, su scala globale - tra obiettivi dichiarati ed esiti ottenuti impone un ripensamento delle politiche di controllo dell'immigrazione, a partire dalla loro effettiva necessità.

Vi è chi, interpretando in realtà una posizione prevalente in dottrina e nel sentire comune, pur partendo dall'assunto per cui la scelta italiana di affidarsi - per la gestione dei flussi migratori - in maniera determinante al diritto penale sia una soluzione non appropriata, ritiene comunque che il nostro Paese non possa permettersi una politica di porte aperte e senza alcun filtro all'immigrazione, in ragione della salvaguardia di interessi serissimi e diffusi : “Ne va, se non altro, della tutela del mercato del lavoro (che sarebbe

¹⁰⁷⁶ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 141 ss.

¹⁰⁷⁷ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 32 s.

¹⁰⁷⁸ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 74 s.

¹⁰⁷⁹ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 60 s.

¹⁰⁸⁰ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 98 ss.

compromessa dalla presenza indiscriminata di mano d'opera a basso costo e pronta a lavorare a qualsiasi condizione), del funzionamento di uno Stato sociale chiamato ad assicurare prestazioni minime a tutti (cittadini e stranieri) ma afflitto da una sempre più acuta carenza di risorse finanziarie, oltre che – *last but not least* – della tutela dell'ordine pubblico, messo in pericolo dal potenziale criminogeno rappresentato da masse di persone sradicate dai contesti culturali di provenienza e non ancora integrate nella cultura del Paese ospitante, alle quali per di più non si sia in grado di offrire un'occupazione sicura e condizioni di vita dignitosa”¹⁰⁸¹.

Pur comprendendo tali serie preoccupazioni ed argomentazioni, si ritiene di non poterle condividere.

Anzitutto, va preso atto del dato per cui “rispetto agli altri grandi Paesi europei è stentata la modernizzazione del nostro sistema produttivo, che nel periodo 1980-2009 ha conosciuto un aumento medio annuo della produttività (dati Istat) di appena l'1,2%. (...) D'altra parte, il mero trasferimento all'estero di produzioni a basso costo senza mantenere sinergie con l'Italia comporta il rischio di svendere il *know how* italiano e di pagarne le conseguenze a medio e lungo termine, con un inedito panorama di Paesi produttori con pochi consumatori e Paesi consumatori ma non più produttori(..)”. Dunque, “alla luce degli effetti della crisi bisogna chiedersi se gli immigrati, che contribuiscono alla produzione del Prodotto Interno Lordo per l'11,1% (stima di Unioncamere per il 2008), siano il problema o non piuttosto un contributo per la sua soluzione. Diversi studi, tra i quali quello della Banca d'Italia di luglio 2009, hanno posto in evidenza la funzione complementare dei lavoratori immigrati in grado di favorire migliori opportunità occupazionali per gli italiani. Venendo essi a mancare, o a cessare di crescere, nei settori produttivi considerati non appetibili dagli italiani (in agricoltura, in edilizia, nell'industria, nel settore familiare e in tanti altri servizi), il Paese sarebbe impossibilitato ad affrontare il futuro. (...) In particolare, gli immigrati sono sempre più indispensabili per rispondere alle esigenze delle famiglie, come emerso in occasione dell'ultima regolarizzazione, chiusa a settembre 2009 con quasi 300mila domande: basti

¹⁰⁸¹ F. VIGANO', *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, cit., p. 16 s.

pensare che nella prospera Lombardia, nel 2025, le persone con oltre 65 anni saranno circa tre milioni, un milione in più rispetto al 2010, con un fabbisogno esponenziale di assistenza”¹⁰⁸².

La risposta protezionistica sembra inefficiente per almeno tre motivi : la rinuncia agli effetti positivi dell’immigrazione che, in genere, sono di valore di gran lunga superiore a quelli negativi, l’inefficacia delle politiche restrittive stesse, il costo elevato delle politiche restrittive¹⁰⁸³.

Anzitutto, si ritiene che il migrante in condizioni di clandestinità abbia uno scarso, se non nullo, incentivo ad investire nella propria formazione e nel miglioramento del proprio capitale umano, deteriorandosi, anzi, il bagaglio di competenze precedentemente accumulato¹⁰⁸⁴. Ciò determina un *vulnus* per la stessa economia del nostro Paese¹⁰⁸⁵.

Inoltre, i flussi migratori regolari interagiscono positivamente anche con l’interscambio commerciale tra Paesi¹⁰⁸⁶.

Ancora, il contributo dei migranti alle finanze pubbliche - ossia la differenza tra i contributi dei migranti in termini di tassazione e contribuzione sociale e il valore della spesa pubblica loro destinata - comporta un apporto positivo, ancorché di entità modesta, che potrebbe aumentare se si abbandonassero politiche restrittive : “Si tratta di quasi 11 miliardi di contributi previdenziali e prelievi fiscali l’anno che hanno contribuito al risanamento del bilancio dell’Inps, trattandosi di lavoratori giovani e, perciò, ancora lontani dall’età pensionabile”¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸² CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, cit., p. 2 s.

¹⁰⁸³ M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L’esercito degli invisibili*, cit., p. 30.

¹⁰⁸⁴ M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L’esercito degli invisibili*, cit., p. 74. F. PEANO CAVASOLA, *Giovani stranieri a rischio di esclusione dal mercato del lavoro*, in *Minorigiustizia*, 2011, 1, p. 112 ss. rileva che tra le variabili che incidono sul successo formativo si registrano : la condizione professionale dei genitori, l’istruzione dei genitori al di là della condizione professionale, il contesto territoriale (c’è maggiore possibilità nei centri urbani di maggiori dimensioni). Per quanto riguarda l’inserimento lavorativo, invece, generalmente gli immigrati - anche in presenza di un’istruzione medio-alta - sono relegati in mansioni dequalificate, meno pagate, più rischiose e più stancanti di quelle degli italiani.

¹⁰⁸⁵ Per le statistiche pertinenti, v. M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L’esercito degli invisibili*, cit., p. 93 ss.

¹⁰⁸⁶ Dettagliatamente, in proposito, M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L’esercito degli invisibili*, cit., p. 100 s.

¹⁰⁸⁷ Le uscite, nello stesso dossier (p. 6), sono state valutate pari a circa 10 miliardi di euro.

Esistono ulteriori indici che inducono ad affermare che gli stranieri producano più entrate che spese per il nostro Paese : la disciplina previdenziale in caso di opzione di rimpatrio, ossia qualora lo straniero - cosa che spesso avviene - scelga di ritornare nel proprio Paese; il tasso di mortalità; il dato per cui le uscite per prestazioni e servizi sociali, essendo aggiuntive a strutture e personale già in forze, pesano di meno¹⁰⁸⁸.

Quanto al primo profilo, va rilevato che la l. n. 335/1995 prevedeva, per l'immigrato che tornasse in patria prima della maturazione del diritto alla pensione, la liquidazione dei contributi previdenziali capitalizzati al tasso nominale annuo del 5%; la legge Bossi-Fini, invece, ha sostituito tale disciplina con quella secondo cui, in caso di rimpatrio, il lavoratore extracomunitario conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne, indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità, al verificarsi della maturazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente (art. 22 co. 13 t.u. ed analogamente per i lavoratori stagionali ai sensi dell'art. 25 co. 5 t.u.). Limitando la portabilità della pensione, la modifica introduce un forte disincentivo al rimpatrio - anche della popolazione meno inserita - ma contestualmente una entrata netta per il sistema previdenziale italiano qualora lo straniero comunque ritorni in patria; tale dato, che di certo non è da salutare con favore, allo stato dell'arte va comunque considerato in un'indagine di tipo prettamente economico. Quanto al secondo profilo, è acclarato il maggiore tasso di mortalità prematura degli stranieri sia quando si stabilizzano in Italia, che quando scelgono il rimpatrio : pertanto, la probabilità di perdere completamente i contributi accumulati è più elevata. Inoltre, è verosimile che l'immigrato si collochi nella fascia più bassa di reddito e che sconti una maggiore difficoltà alla maturazione dei diritti previdenziali ai primi anni della fascia d'età entro la quale il legislatore consente l'uscita, nonché una maggiore difficoltà ad ottenere l'assegno sociale qualora non si abbiano i requisiti per la pensione minima¹⁰⁸⁹. Lo si ripete : tali dati - seppure negativi - vanno comunque valutati nell'attuale contesto economico.

¹⁰⁸⁸ Così, CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, cit., p. 3.

¹⁰⁸⁹ Così, F. C. MOSCAROLA - E. FORNERO, *Immigrazione : quale contributo alla sostenibilità del sistema previdenziale?*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 220 ss.

Tali ricadute ‘positive’ sarebbero accentuate se, contestualmente all’adozione di politiche non protezionistiche, fossero attuate misure di controllo incisive sull’evasione : ciò determinerebbe almeno in parte l’emersione dell’economia sommersa¹⁰⁹⁰, e quindi il versamento di imposte e contributi sociali attualmente non corrisposti¹⁰⁹¹.

Va valutato, inoltre, il dato per cui molti migranti hanno la volontà di permanere solo temporaneamente nel nostro Paese per lavorare ed accumulare risorse da riportare in patria; non va, tuttavia negato, né guardato con sfavore il dato per cui l’immigrazione stia progressivamente diventando migrazione di interi nuclei familiari che desidererebbero restare stabilmente in Italia, da un lato scegliendo di dare un contributo economico durevole al nostro Paese, dall’altro pretendendo giusta soddisfazione ai propri bisogni sociali. E, infatti, è documentata una continua crescita tanto del tasso di attività quanto di quello di occupazione degli stranieri¹⁰⁹² - ma anche di quello di disoccupazione¹⁰⁹³ -

¹⁰⁹⁰ Sui dati relativi all’economia sommersa, B. ANASTASIA - P. SESTITO, *Il lavoro degli immigrati e l’economia sommersa*, in M. L. BACCI, *L’incidenza economica dell’immigrazione*, cit., p. 327 ss. Gli Autori precisano che, quando si fa riferimento agli stranieri irregolari sul lavoro, si comprendono gli stranieri illegalmente presenti sul territorio italiano, gli stranieri con regolare permesso di soggiorno, ma di tipologia diversa da quello per lavoro, nonché gli stranieri con permesso valido anche ai fini dell’inserimento nel mercato del lavoro, ma occupati in modo irregolare.

¹⁰⁹¹ N. SARTOR, *Immigrazione e finanza pubblica*, in M. L. BACCI, *L’incidenza economica dell’immigrazione*, cit., p. 186. L’Autore, tuttavia, rileva (p. 202) che, nonostante la regolarizzazione del soggiorno, l’irregolarità nello svolgimento dell’attività lavorativa appare estremamente rilevante.

¹⁰⁹² E. PUGLIESE, *Immigrazione e politiche migratorie nell’era berlusconiana*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2010, rileva che gli stranieri hanno, ovviamente tassi di attività più alti degli italiani, anche se la loro condizione occupazionale è molto più precaria. Quelli occupati ufficialmente sono ormai oltre un milione e mezzo. Se a questo numero aggiungiamo quello degli immigrati ufficialmente disoccupati si ha una popolazione attiva (o insieme delle forze di lavoro) straniera di circa un milione e 750 mila unità; il che porta il tasso di attività (vale dire l’incidenza della popolazione presente a qualunque titolo nel mercato del lavoro sulla popolazione totale) a un valore del 73,5%, molto più alto – come si diceva - di quello della popolazione italiana. E ciò è tutt’altro che sorprendente: la popolazione immigrata ha sempre e ovunque un’incidenza di lavoratori superiore a quella della popolazione totale.

¹⁰⁹³ Va osservato che il tasso di disoccupazione delle donne straniere sembra, finora, immune dagli effetti della crisi economica, e che il tasso di disoccupazione degli stranieri in Italia è di gran lunga inferiore ad altri Paesi europei; così, A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 58, p.168. Ad ogni modo, la maggiore vulnerabilità degli immigrati al fenomeno della disoccupazione nei periodi di crisi economica non può esimere dallo svolgere indagini di lungo periodo, che tengano conto dei fattori di riequilibrio e della possibilità di inserimento lavorativo anche di chi non è entrato con un permesso di soggiorno per motivi di lavoro (ad es., i richiedenti asilo *et similia*). D’altro canto, gli immigrati tendono ad assimilarsi fuori dal

sebbene la recente crisi abbia prodotto una flessione di entrambi i tassi¹⁰⁹⁴. D'altro canto, gli immigrati non sono solo lavoratori dipendenti; nel 2010 gli imprenditori stranieri (intesi come titolari, soci, amministratori e titolari di altre cariche nati all'estero) hanno raggiunto le 628 mila unità e rappresentano il 6,5% del totale degli imprenditori. Gli imprenditori stranieri si concentrano nel settore del commercio (29,6%), delle costruzioni (22,2%) e della manifattura (10,1%)¹⁰⁹⁵.

Inoltre, paradossalmente, mentre negli ultimi anni è in diminuzione l'immigrazione, è in crescita l'emigrazione¹⁰⁹⁶: "In un'Italia alle prese con un elevato e crescente ritmo di invecchiamento, dove gli ultrasessantacinquenni superano già i minori di 15 anni, gli immigrati sono un fattore di parziale riequilibrio demografico, influenzando positivamente anche sulla forza lavoro"¹⁰⁹⁷. Data la bassa fecondità degli italiani, è stato calcolato che se si chiudessero

welfare, ossia senza dipendenza dai trasferimenti pubblici, con l'aumentare degli anni di permanenza nel Paese; sull'ultimo profilo, S. VERSARI, *Impatto fiscale degli immigrati: una rassegna internazionale*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 472 s. Sotto altro profilo, un tentativo di rintracciare un necessario ed automatico legame tra crisi economica e criminalità sarebbe destinato a fallire; semmai, nelle fasi di crisi economica è lo strumento penale che viene usato maggiormente per trasmettere un messaggio pedagogico fondato sull'esaltazione dell'ordine pubblico.

¹⁰⁹⁴ 44° RAPPORTO CENSIS, cit., p. 655. Così anche FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione. Gli stranieri: un valore economico per la società. Dati e considerazione su una realtà in continua evoluzione*, Bologna, 2011, § 1, secondo cui la maggior esposizione dei lavoratori stranieri al ciclo economico dipende da alcune caratteristiche anagrafiche, come la giovane età, ma anche dal tipo di occupazione. Gli stranieri, pur essendo il 9% del totale degli occupati, sono il 18,1% del totale dei lavoratori impiegati nel settore delle costruzioni, uno dei più colpiti dalla crisi. Inoltre i dipendenti stranieri sono per lo più impiegati in aziende di piccole dimensioni, che quindi sono particolarmente sensibili alla crisi, e con qualifica di operaio (89,9%). In generale, inoltre, gli immigrati sono inquadrati in posizioni con qualifiche professionali medio basse: gli stranieri rappresentano infatti un terzo della forza lavoro impiegata in Italia in posizioni *low skilled* e, tuttavia, occorre riflettere sulle dinamiche economiche di medio e lungo periodo, dal momento che la domanda di lavoratori stranieri nell'Unione europea è destinata ad aumentare. In particolare il tentativo di diminuire i flussi legali dell'immigrazione potrebbe portare all'aumento dell'immigrazione irregolare e al contempo al prolungare della crisi, riducendo la disponibilità di manodopera in alcuni settori e contemporaneamente esporre i lavoratori stranieri ad un maggior rischio di sfruttamento. Ciò significa anche adottare norme e misure sociali volte a tutelare i lavoratori immigrati, anche in caso di perdita del posto di lavoro.

¹⁰⁹⁵ Così, FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, cit., § 4.

¹⁰⁹⁶ EUROSTAT, *Immigration to EU Member States down by 6% and emigration up by 13% in 2008*, 1, 2011, p. 1 ss. su http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-11-001/EN/KS-SF-11-001-EN.PDF

¹⁰⁹⁷ CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, cit., p.3.

davvero le frontiere - prospettiva del tutto irrealistica - la popolazione italiana diminuirebbe in maniera contenuta nel breve periodo, e con un dimezzamento della popolazione ogni 140 anni circa nel lungo periodo; il rapporto anziani-adulti salirebbe al 40%, con ulteriore peggioramento del sistema previdenziale; ovviamente, nel lungo periodo, la popolazione straniera attiva invecchierebbe a sua volta, e quindi i problemi previdenziali dovrebbero trovare altrove una soluzione strutturale, a meno che non si consentisse un afflusso incredibilmente massiccio e continuo¹⁰⁹⁸. Tuttavia, in generale, anche nel lungo periodo, l'afflusso di immigrati avvantaggerebbe le generazioni di autoctoni attualmente pensionate, senza tuttavia gravare sulle future generazioni di autoctoni attivi, in quanto le pensioni degli stranieri sarebbero finanziate dai loro figli¹⁰⁹⁹.

A queste valutazioni vanno - come anticipato - aggiunti i costi del contrasto all'immigrazione clandestina, che nel nostro Paese può avvenire via aerea, via terra e via mare : solo nel 2004 oltre 115 milioni di euro, cui vanno aggiunti i costi di gestione dei C. I. E. (che ammontano, per i primi nove mesi del 2004, a 30,4 milioni di euro), nonché i costi di espulsione degli irregolari (nel 2003, erano circa 12, 7 milioni di euro)¹¹⁰⁰. Tali dati sono rilevanti soprattutto se si considera che “nel 2009 sono stati registrati 4.298 respingimenti e 14.063 rimpatri forzati, per un totale di 18.361 persone allontanate. Le persone rintracciate in posizione irregolare, ma non ottemperanti all'intimazione di lasciare il territorio italiano, sono state 34.462. Il rapporto tra persone intercettate e persone rimpatriate è andato diminuendo nel corso degli anni (dal 57% nel 2004 al 35% nel 2009)”. Nel 2012, questo

¹⁰⁹⁸ G. DE SANTIS, *Flussi e stock di immigrati e sviluppo demografico dell'Italia nei prossimi vent'anni*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 37 ss. In proposito, si veda anche A. DAL LAGO, *Centri storici e immigrazione. La mancanza della dimensione culturale*, su www.alleo.it/files/docs/review/dallago.pdf, secondo cui “Poiché è noto che la nostra popolazione sta diminuendo e invecchiando, chiedo perché mai non ci si è posti il problema di interpretare come nostra risorsa, oltre che come speranza di vita per loro, il fatto che esistono quote di popolazione immigrata che sono un bene sociale. Se oggi gli immigrati sono un milione e mezzo può darsi che tra 20 anni siano anche 4 milioni. Non mancherà certo lo spazio fisico per loro. È il nostro spazio sociale e culturale che non è attrezzato”.

¹⁰⁹⁹ F. C. MOSCAROLA - E. FORNERO, *Immigrazione : quale contributo alla sostenibilità del sistema previdenziale?*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 217.

¹¹⁰⁰ Per i dati, M. C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L'esercito degli invisibili*, cit., p. 99 s.

dato è ulteriormente peggiorato, in quanto solo il 28% dei rintracciati in posizione irregolare è stato espulso¹¹⁰¹.

Invece, “le persone trattenute nei centri di identificazione e di espulsione sono state 10.913, tra le quali diverse già ristrette in carcere, dove non era stata accertata la loro identità. Nell’insieme il 58,4% delle persone trattenute nei C.I.E. non è stato rimpatriato”¹¹⁰². Peraltro, l’allungamento dei tempi medi di permanenza nei C.I.E. e la conseguente riduzione dei posti disponibili hanno prodotto una potenziale maggiore possibilità di espulsione, ma un minor numero di espulsioni, ovviamente sempre più selettive¹¹⁰³.

Si pensi, d’altro canto, ad ulteriori costi che il contrasto all’immigrazione clandestina comporta : dal pattugliamento delle coste, alla formazione linguistica e culturale delle forze di pubblica sicurezza impegnate nell’attività di contrasto etc.¹¹⁰⁴

Anche in un’ottica internazionale, emerge l’importanza dell’apertura delle frontiere verso flussi migratori anche non qualificati. Infatti, come qualche studioso ha rilevato, la valorizzazione dell’ingresso della sola manodopera qualificata avrebbe più di una ricaduta negativa : anzitutto, priverebbe i Paesi di origine di una preziosa valvola di sfogo della

¹¹⁰¹ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 87 ss., p. 172 s., attribuisce il declino della capacità di espellere alla riduzione del numero di espulsi con accompagnamento alla frontiera in ragione del ruolo della giurisprudenza che, in un’ottica costituzionalmente orientata, ha aumentato le garanzie connesse a questo tipo di espulsione; all’esistenza di un potere giudiziario indipendente; alla mancanza di collaborazione al rimpatrio dei Paesi di origine; all’omissione dei controlli sui luoghi di lavoro.

¹¹⁰² CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, cit., p. 7. In proposito, cfr. L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema ed alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 2, p. 16 ss., secondo cui l’effettività del funzionamento complessivo del sistema delle espulsioni non è stata significativamente incrementata dai centri di detenzione, la cui incidenza sulle espulsioni sembra limitata ai casi meno gravi (irregolari muniti di documenti e irregolari o clandestini provenienti da Paesi collaborativi).

¹¹⁰³ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 122 ss. L’Autore rileva che la selezione opera a sfavore degli immigrati più facilmente rimpatriabili e di quelli reputati pericolosi perché hanno commesso reati o comunque sono percepiti dalla comunità come elementi di disturbo. La prima opzione, peraltro, non appare scontata, in quanto molti Paesi del Nord Europa preferiscono detenere cittadini più difficilmente rimpatriabili, in funzione di deterrenza dell’immigrazione irregolare e delle richieste di asilo improprie, attraverso la prospettiva di una detenzione potenzialmente illimitata nel tempo. Ovviamente, tra questi stessi soggetti opera un’ulteriore selezione, di tipo accidentale, determinata dal luogo in cui si viene fermati e dalla disponibilità o meno di posti in un dato momento.

¹¹⁰⁴ In proposito, v. A. DI MARTINO, *D.l. 23.5.2008 n. 92, conv., con modif., in l. 24.7.2008, n. 125, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 124.

disoccupazione e depressione economica interna; inoltre, depaupererebbe i Paesi di origine delle loro migliori risorse umane; ancora, avrebbe un'influenza negativa sul flusso di rimesse e sui rapporti commerciali con i Paesi di destinazione, in considerazione del dato per cui per i lavoratori più qualificati i legami con i Paesi di provenienza tendono rapidamente ad indebolirsi¹¹⁰⁵. Il risultato sarebbe una riduzione della crescita nei Paesi di origine, un aumento delle diseguaglianze mondiali e, paradossalmente, un aumento della pressione migratoria¹¹⁰⁶.

Così, l'immigrazione si prospetta quale fenomeno non solo inevitabile, ma utile sia ai Paesi di origine che a quelli di destinazione, oltre che - e ciò è quello che, in un ordinamento orientato al primato della persona, conta di più - al soddisfacimento di bisogni fondamentali delle persone dei migranti¹¹⁰⁷.

Le condizioni che impongono tali conclusioni - ossia il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, la presenza di offerte di lavoro, l'inefficienza delle politiche restrittive, i meccanismi di autoperpetuazione generati dalle reti migratorie¹¹⁰⁸ - sembrano non rimovibili.

Questi dati inducono ad un cambio di prospettiva che non disegni più l'*hostis* come insieme un ospite e un nemico, ma come un portatore di un dono da *hostire*, ossia da contraccambiare¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ Secondo FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, cit., § 7, le rimesse verso l'estero sono per l'Italia un fenomeno abbastanza nuovo; infatti sino al 1999 i flussi in entrata (provenienti dagli emigranti italiani) superavano quelli in uscita. Nel 2010 i flussi dall'Italia verso l'estero hanno raggiunto la cifra di 6,3 miliardi di euro, pari allo 0,41% della ricchezza complessivamente prodotta a livello nazionale. Ma la crisi ha fermato per la prima volta il flusso delle rimesse in uscita dall'Italia registrando un calo del 5,4% rispetto all'anno precedente. Ogni straniero invia mediamente al Paese di origine una cifra pari a 1.508 euro. Quasi la metà delle rimesse (47,4%) che escono dal territorio nazionale sono destinate all'Asia (con più di 3 miliardi di euro), mentre un quarto sono destinate ai Paesi europei (che ricevono quasi 1,7 miliardi di euro).

¹¹⁰⁶ R. FAINI, *Migrazioni, crescita e benessere economico*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 182. L'Autore ricorda che, all'inizio del Novecento, la crescita di molti Paesi - tra cui il nostro - fu trascinata proprio dagli ampi flussi di emigrazione e dalle cospicue rimesse dei lavoratori emigrati.

¹¹⁰⁷ Cfr. A. GOLINI, *Politiche migratorie*, in M. L. BACCI, *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 309 ss.

¹¹⁰⁸ A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 165 ss.

¹¹⁰⁹ U. CURI, *L'ambivalenza costitutiva della figura dello straniero*, in AA.VV., *Lo straniero nel diritto penale del lavoro e dell'impresa*, Bologna, 2011, p. 19 ss.

D'altronde, qualora le valutazioni precedenti non fossero ritenute sufficienti, ne rimarrebbe un'ultima più importante delle altre : “Nello stato sociale il criterio su cui si fondava l'inclusione era il lavoro. Una volta si diceva che tra l'inclusione e l'esclusione dal mondo del lavoro si giocava il diritto di cittadinanza, vi ricordate? Per cui chi lavorava era incluso, chi non lavorava no. Ma oggi non possiamo più richiamarci a questo criterio. Se lo sviluppo economico che avanza non prevede lavoro per tutti, ma lavoro per sempre meno persone, perché questo sistema economico ha allocato diversamente le risorse e accetta come inevitabili tassi elevatissimi di disoccupazione, che facciamo: escludiamo dai diritti di cittadinanza chiunque non si inserisce nel mondo del lavoro? O cerchiamo altri criteri su cui fondare il nuovo patto di cittadinanza?”¹¹¹⁰.

4. Considerazioni conclusive

La fine del XX secolo e l'inizio del XXI sono stati caratterizzati da talune tendenze di carattere strutturale : il ricorso massiccio al carcere per affrontare nodi di criticità sociale, la precarietà economica indotta, da un lato, dalle riforme in tema di flessibilità del lavoro e dall'altro dalle manovre economiche restrittive richieste dalle istituzioni del sistema economico-finanziario, l'emarginazione della povertà e, quindi, dei migranti¹¹¹¹.

In un sistema caratterizzato da una grave crisi economica e sociale, la riduzione di garanzie e tutele è stata scaricata sui soggetti più vulnerabili e, in particolare, su quelli reputati esterni al tessuto sociale del Paese¹¹¹². Tuttavia, la competitività sui mercati internazionali dovrebbe essere cercata “non

¹¹¹⁰ M. PAVARINI, *Sicurezza dei diritti, non diritto alla sicurezza*, op. cit.

¹¹¹¹ Per una panoramica diffusa su questo intrecciarsi di fenomeni, G. PALOMBARINI, *Scarti di umanità. Emarginazione, sfruttamento e ruolo dei giudici*, cit., p. 30 ss.

¹¹¹² S. NAPPI, *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, cit., p. 457.

attraverso la scelta di precarizzazioni ed emarginazioni diffuse, ma giocando sulla qualità dei prodotti, sulla formazione, su ricerca ed innovazione”¹¹¹³.

Il governo della povertà, nella nostra storia, è stato talvolta repressivo - perché la povertà è stata letta quale sinonimo di pericolosità sociale (si pensi agli oziosi e vagabondi di cui alla l. n. 1423/1956) - talvolta meramente compassionevole. Solo con il costituzionalismo contemporaneo l’obiettivo diviene non più il governo della povertà, ma la sua progressiva eliminazione, attraverso i capisaldi dell’uguaglianza e del lavoro per tutti (artt. 3, 4, 36 Cost.), obiettivo che pareva perseguibile in virtù del *boom* economico del dopoguerra e dell’esistenza di una sensibilità volta all’estensione di garanzie e diritti.

E, tuttavia, negli anni ‘80 del secolo scorso questo percorso si è interrotto, lasciando in eredità solo un consumismo diffuso : sono diminuiti progressivamente diritti e tutele, la cui soddisfazione è stata talvolta delegata all’economia privata in un’ondata di dilagante neoliberalismo, e si è affermato il mito della meritocrazia a disuguaglianza invariata¹¹¹⁴.

Dunque, il cerchio si chiude : tuttavia, non si torna alla guerra alla povertà - vivendo in un Paese dalle differenze sociali enormi che non può definirsi povero, ma in cui i poveri sono la maggioranza¹¹¹⁵- ma alla guerra ai poveri “colpevoli di voler sopravvivere, di cercare un euro a un incrocio, di dormire sotto i ponti, di turbare il decoro urbano, di vivere in baracche e, per questo, destinati ad essere spinti altrove, non importa dove ma in un lontano invisibile. Così nella storia - non dimentichiamolo - sono nati carcere, manicomio, persecuzioni e orrori”¹¹¹⁶.

In questo contesto, la conseguenza ulteriore non poteva che essere una tendenza alla protezione della stirpe¹¹¹⁷ e di quell’ “uguaglianza liberale prodotta a partire dall’Uno che nell’Altro vede l’Identico neutro e formale, la

¹¹¹³ G. PALOMBARINI, *Scarti di umanità. Emarginazione, sfruttamento e ruolo dei giudici*, cit., p. 37.

¹¹¹⁴ Per la ricostruzione della “storia” della povertà in Italia, L. PEPINO, *Guerra alla povertà o guerra ai poveri?*, cit., pp. 290- 297.

¹¹¹⁵ Come emerge dall’analisi di M. REVELLI, *Povera Italia*, in *Quest. Giust.*, 3-4, 2011, p. 285 ss.

¹¹¹⁶ L. PEPINO, *Guerra alla povertà o guerra ai poveri?*, cit., p. 303.

¹¹¹⁷ Così, J. R. BILONGO, *Noi migranti*, cit., p. 268.

rappresentazione del cittadino”¹¹¹⁸ anche a costo del sacrificio dell’eguaglianza sostanziale, che pure costituisce un valore costituzionalmente vincolante (art. 3 co. 2 Cost.).

Di qui la messa a punto di sistemi di esclusione e di indebolimento dei diritti degli stranieri, che fanno parte degli ‘scarti umani’ del nostro tempo. Si manifesta, così, la volontà di bandire in ogni modo lo straniero dalla società : si pensi alle plurime forme dell’espulsione quale misura amministrativa, di prevenzione, di sicurezza, sanzione sostitutiva ed alternativa alla detenzione. Esse riflettono finalità opposte a quelle di integrazione sociale e - relativamente all’espulsione quale sanzione penale - di risocializzazione¹¹¹⁹. La criminalizzazione della condizione di immigrato irregolare comporta, inoltre, come si è avuto modo di vedere, un effetto di terra bruciata attorno allo straniero ancora a “piede libero”¹¹²⁰ e “l’assoluta impossibilità di sanare la propria posizione anche in caso di sopravvenienza delle condizioni che astrattamente lo consentirebbero”¹¹²¹. In linea con il *labelling approach*, la stigmatizzazione primaria del migrante svolge un ruolo funzionale al mantenimento di condizioni di impiego precario e sottopagato¹¹²², e, in ultima analisi, dei rapporti di potere fondati sulla prevalenza della classe dominante.

Anche in questo caso, naturalmente, la criminalizzazione riguarda il migrante povero (ben diversa è la situazione dell’extracomunitario calciatore, artista o dirigente industriale). Il problema, dunque, in fondo, più che di colore è di classe : ad infastidire la società sana sono gli ultimi, non più la miseria, ma la sua visibilità e la sua sgradevolezza¹¹²³.

La società capitalistico-produttivistica, fondata sull’ideologia del benessere e dell’edonismo individualistico, non può né vuole programmare misure solidaristiche preventive o assistenziali, e così la povertà diventa la polarità negativa, ma necessaria a permettere alla ricchezza di essere ciò che

¹¹¹⁸ A. ZANINI, *Uguaglianza, differenza, solidarietà*, in *Dei delitti e delle pene*, 92, 1, p. 145.

¹¹¹⁹ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 193, p. 226.

¹¹²⁰ Cfr., R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, cit., p. 20 s.

¹¹²¹ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009*, cit., p. 12.

¹¹²² F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 217.

¹¹²³ Così, L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009*, cit., p. 13, p. 17; nonché M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, cit., p. 33 s.

è¹¹²⁴. La povertà è non solo necessaria, ma la si interpreta come ‘meritata’ da individui che vengono responsabilizzati della propria miseria, della loro marginalità socio-economica¹¹²⁵. L’importante è non vedere la povertà, non vedere la miseria : “Li lasciamo annegare, per negare”¹¹²⁶.

La garanzia dei diritti e della sicurezza degli inclusi passa attraverso la riduzione o la cancellazione di quella degli esclusi, non meritevoli di essa¹¹²⁷ : lo Stato non parla più con i cittadini, ma minaccia i suoi nemici¹¹²⁸.

In tale contesto, non si può fare altro che interrogarsi sulla credibilità di Stati che per riaffermare la propria identità e legittimare la propria autorità, hanno bisogno di escludere la diversità o la povertà, e “sull’ambivalenza di un contratto sociale che, nato per includere, finisce con l’incorporare, tragicamente, la rottura”¹¹²⁹.

Tuttavia, di fronte ad una urgente e pressante domanda di “integrazione” - dello straniero, ma il discorso potrebbe valere per qualsiasi altro emarginato sociale - la risposta non è rintracciabile in paradigmi già sperimentati : né nel modello assimilazionistico francese, collegato alla necessità di una sorta di plagio o somiglianza culturale, né nel pluralismo ineguale britannico, ove alla conservazione dell’identità corrisponde un riconoscimento della superiorità morale del colonizzatore, né nella perenne alienità propria del modello tedesco, ove lo straniero continua ad essere sempre considerato un ospite utile di cui non si caldeggia l’insediamento definitivo : modelli tutti divenuti spuri per la necessità di inseguire le emergenze¹¹³⁰. Tali

¹¹²⁴ F. e F. BASAGLIA, nell’introduzione a E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali*, New York, 1961, p. 16 ss.

¹¹²⁵ G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose : sottosistema penale di polizia ed immigrati*, cit., p. 179.

¹¹²⁶ E. DE LUCA, *Noi, carcerieri di viaggiatori*, 23 marzo 2010, su <http://www.libreidee.org/2010/03/migranti-erri-de-luca-noi-carcerieri-di-viaggiatori/>

¹¹²⁷ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009*, cit., p. 20.

¹¹²⁸ Così, riproducendo il brocardo di Jakobs, F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 192.

¹¹²⁹ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., p. 227.

¹¹³⁰ U. MELOTTI, *Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 1, p. 71 ss.

strategie - tutte fallite - hanno infatti reso esplosivo uno scenario già conflittuale, e non hanno agito nell'ottica dell'effettiva integrazione¹¹³¹.

Apparirebbero più idonei, e sicuramente più conformi ad un Paese multietnico e pluralista - già per natura, in ragione della presenza di varie minoranze linguistiche e nazionali¹¹³² - interventi di prevenzione sociale e piani volti all'integrazione culturale. Risulta indifferibile una politica di riconoscimento dell'alterità, fondata sulla comprensione e sulla contaminazione dei diversi orizzonti culturali, e non certo sull'esclusione sociale e sulla criminalizzazione dell'immigrato in quanto tale.

Bisognerebbe cominciare a guardare ai migranti come soggetti portatori di diritti (attuali e potenziali). Si dovrebbe abbandonare la pretesa di integrare necessariamente la loro cultura nella nostra, per limitare i danni della loro presenza: «Apparentemente, questa posizione “multiculturale” si contrappone a quelle xenofobe (per cui le “culture” dei migranti inquinano la nostra). Ma in comune hanno il fatto che il migrante non è un soggetto autonomo e soprattutto pari a noi, gli ospitanti. Da qui il rifiuto - ahimé, anche in questo caso, diffusissimo - di considerare lo straniero come cittadino. Minaccia e ospite tollerato per lo più, soggetto giuridico-politico mai»¹¹³³.

¹¹³¹ U. MELOTTI, *Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa*, cit., p. 89.

¹¹³² A. COLOMBO, *Fuori controllo?*, cit., p. 159.

¹¹³³ A. DAL LAGO, *Sull'immigrazione serve una legge coraggiosa*, da *Il Manifesto*, 8 marzo 2007.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004
- AA.VV., *“Decreto sicurezza”*: tutte le novità, Milano, 2008
- AA.VV., *Il decreto sicurezza*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2008
- AA.VV., *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANO’, Torino, 2009
- AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, a cura di S. GAMBINO - G. D’IGNAZIO, Milano, 2010
- AA.VV., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, a cura di M. CARTA, Roma, 2009
- AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES, V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011
- AA.VV., *Lo straniero nel diritto penale del lavoro e dell’impresa*, Bologna, 2011
- AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANO’, Torino, 2008

AA.VV., *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, in
Quest. giust., 1996, 3-4, p. 897 ss.

AA. VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica, Commento alla legge 24
luglio 2008 n. 125*, Bari, 2008

ABBADESSA G., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : il
principio di legalità in materia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*,
2011, p. 281 ss.

ABUKAR H. A., *L'affidamento in prova al servizio sociale e il
presupposto della regolarità del soggiorno dello straniero nel
territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3126 ss.

AGAMBEN G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino,
2005

AMALFITANO C., *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione
dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le
prescrizioni della cd. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8,
p. 2786 ss.

AMATO G., *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al dir.*,
9 agosto 2008 n. 32, p. 88 ss.

AMIRANTE C., *Cittadinanza*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2004

AMIRANTE C., *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, 2001

- ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939,
p. 3 ss.
- ARDITA S., *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su
giustizia e sicurezza*, in *Cass. pen.*, n. 5 / 2008, p. 1727 ss.
- ARENDT H., *Le Origini del Totalitarismo*, trad. it. di A. GUADAGNIN,
Milano, 1996
- ARRIGONI F. - PISA P., *La cessione a titolo oneroso di un immobile al
clandestino*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 25 ss.
- ASPRONE M. - MARTINI S., *Il fenomeno dell'immigrazione e
l'espulsione dello straniero*, in *Nuova rass. legisl., dottr. giurispr.*,
2009, 21, p. 2292 s.
- ASPRONE M. - MARTINI S., *L'espulsione dello straniero per la sicurezza
dello Stato: excursus tra le pronunce più recenti*, in *Nuova rass.
legisl., dottr. giurispr.*, 2009, 13-14, p. 1538 ss.
- BACCI M. L., *L'incidenza economica dell'immigrazione*, Torino, 2005
- BALIBAR E., *Europe, Constitution, Frontiere*, Begles, 2005
- BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M.I.,
VERDE A., *Criminologia. Il contributo della ricerca alla
conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 2003

- BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA - M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, Milano, 2001, p. 19 ss.
- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, p. 443 ss.
- BARBAGLI M., COLOMBO A., SAVONA E., *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003
- BARBAGLI M., *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, 1998
- BARBAGLI M., *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008
- BARBALINARDO G., *Nota a Tribunale di Napoli del 25 settembre 2008*, in *Giur. Mer.*, 2009, 5, p. 1372 ss.
- BARBERA A., *Principi fondamentali. Sub art. 2 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1975, p. 51 ss.
- BARBERINI R. - CASUCCI M., *La Corte di Giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la Direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, p. 1633 ss.
- BASCHERINI G., *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del "pacchetto sicurezza". Osservazioni*

a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010,
5, p. 3901 ss.

BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007

BASILE F., *Immigrazione e 'reati culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma- Bari, 2003

BAUMAN Z., *Vita liquida*, Roma- Bari, 2006

BAUMAN Z., *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. PISAPIA, Milano, 1964

BEDUSCHI L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : gli altri diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 289 ss.

BELLAGAMBA G. - CARITI G., *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2005

BELVISI F., *Società multiculturale, persona e Costituzione: l'immigrato come pariah*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 3, p. 82 ss.

BENHABIB S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006.

- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, ottobre 2011, p. 1 s.
- BERTOZZI S., *Migrazione legale: c'è veramente bisogno di più Europa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 6, p. 1041 ss.
- BEVERE A., *Il diritto penale del nemico nelle aule di giustizia*, in *Crit. dir.*, 2008, 3-4, p. 232 ss.
- BILONGO J. R., *Noi migranti*, in *Quest. giust.*, 2011, 3-4, p. 265 ss.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1997
- BONETTI P., *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 85 ss.
- BONETTI P., *Respinti e indifesi? La prima pronuncia della Corte europea dei diritti sugli sbarchi a Lampedusa*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, p. 426 ss.
- BORRACCETTI M., *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 1, p. 17 ss.

- BOSCHIERO N. , *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie o nuove forme di schiavitù nell'era della "private economy"?*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2010, 2, p. 344 ss.
- BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 8 ss.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, II, Padova, 1988
- CAGGIANO G., *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, 2, p. 335 ss.
- CALAFÀ L., *Stranieri tra politiche e diritti dopo Lisbona*, in *Lavoro e diritto*, 2011, 3, p. 527 ss.
- CALVANO R., *Cittadini "statici" e diritti disuguali*, in *Giur. cost.*, 2011, 3, p. 2536 ss.
- CAMPESI G., *Il controllo delle nuove classi pericolose : sottosistema penale di polizia ed immigrati*, in *Dei delitti e delle pene*, 2003, 1, p. 145 ss.
- CAPUTO A., *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice*, in *Quest. giust.*, 2010, 1, p. 175 ss.
- CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006

- CAPUTO A., *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 1, 2009, p. 83 ss.
- CAPUTO A., *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, in *Quest. giust.*, 2011, 3-4, p. 275
- CAPUTO A., *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 9 ss.
- CAPUTO A., *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Quest. giust.*, 2006, 2, p. 283 ss.
- CAPUTO A., *Immigrazione, diritto penale, sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 359 ss.
- CAPUTO A., *Immigrazione e politiche del diritto dal testo unico del 1998 ai recenti interventi sulla sicurezza*, in AA.VV., *Libro Bianco sul razzismo in Italia*, Roma, 2009, p. 62 ss.
- CAPUTO A., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi – Fini*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 964 ss.
- CAPUTO A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, p. 1195 ss.
- CAPUTO A., *La detenzione amministrativa e la Costituzione : interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 1, p. 51 ss.

- CAPUTO A., *Prime note sulle conseguenze penali dell'ingresso di nuovi Paesi nell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2007, 4, p. 1487 ss.
- CAPUTO A., *Verso una nuova legge sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 433 ss.
- CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, Roma, 2010
- CARITAS/MIGRANTES, *Immigrazione. Dossier statistico 2011*, Roma, 2011
- CASSESE S., *Lo Stato e la Comunità internazionale*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione – Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA e A. SCIALOJA, Bologna-Roma, 1975, p. 461 ss.
- CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in corso di pubblicazione in Atti del Convegno “Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare”, 11 Novembre 2011, Prato, patrocinato dall'A.I.D.P. - GRUPPO ITALIANO, Sezione giovani penalisti
- CAVALIERE A., *L'influenza sull'ordinamento italiano del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali*, in S. M. PUIG- M. C. BIDASOLO V. - G. MARTIN (a cura di), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012, p. 241 ss.

CAVALIERE A., *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk zum 65*, a cura di W.HASSEMER e S.MOCCIA, München, 2009, p. 111 ss.

CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di GIOSTRA G. – INSOLERA G., Milano, 1998, p. 133 ss.

CELLAMARE G., *Gli accordi di riammissione dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, 2, p. 369 ss.

CENSIS, *44° Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, Roma, 2010

CENTOFANTI F., *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1982 ss.

CENTONZE S. (a cura di), *Diritto penale dell’immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010

CENTONZE S., *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell’immigrazione dopo il cd. Pacchetto Sicurezza*, Padova, 2009

CERASE M., *Riformata la disciplina dell’immigrazione : le novità della “legge Bossi – Fini”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 11, p. 1334 ss.

CHIURI M.C. – CONIGLIO N. – FERRI G., *L’esercito degli invisibili. Aspetti economici dell’immigrazione clandestina*, Bologna, 2007

- CICALA M., *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 4, p. 387 ss.
- CIPOLLA P., *Contrasti su ... giustificato motivo di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato*, in *Giur. Mer.*, 2010, 7-8, p. 1958 ss.
- CODINI E., *Immigrazione : soluzioni flessibili per governare un fenomeno mutevole*, in *Guida dir.*, 9 giugno 2007 n. 23, p. 11s.
- CODINI E., *Senza un efficace sistema dell'ingresso legale non si può controllare l'immigrazione irregolare*, in *Guida dir.*, 2009, 36, p. 10 ss.
- COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010 : il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2011, p. 221 ss.
- COLOMBO A., *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Bologna, 2012
- CONTI R., *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Il Corr. Giur.*, 2011, 9, p. 1243 ss.
- CULTRERA D., *Il nuovo rito penale innanzi al giudice di pace introdotto dalla l. n. 94/2009: gli artt. 20 bis, 20 ter e 32 bis d. lg. 274/2000*, in *il Giudice di pace*, 2009, 4, p. 352 ss.

D'AMBROSIO L., *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare 'conforme' e 'non conforme' alla direttiva rimpatri, in www.penalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2012*

D'ASCIAL., *Diritto degli stranieri e immigrazione*, Milano, 2009

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo – condizione giuridica – estradizione*, Padova, 1992

DAL LAGO A., *Centri storici e immigrazione. La mancanza della dimensione culturale*, su www.alleo.it/files/docs/review/dallago.pdf

DAL LAGO A., *Sull'immigrazione serve una legge coraggiosa*, da *Il Manifesto*, 8 marzo 2007

DE FRANCO E., *Sub art. 312 c.p.*, in corso di pubblicazione in *Codice penale commentato*, a cura dell'Istituto triboniano.

DE IORIO F., *Lo straniero sfuggito ai controlli di frontiera, cui sia stato intimato di allontanarsi, non commette reato se le procedure amministrative seguite non sono conformi a legge*, in *Giur. Mer.*, 2010, 10, p. 2522 ss.

DE LUCA E., *Chisciotte e gli invincibili*, Roma, 2007

DE LUCA E., *Noi, carcerieri di viaggiatori*, 23 marzo 2010, su www.libreidee.org/2010/03/migranti-erri-de-luca-noi-carcerieri-di-viaggiatori/

- DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010
- DE PASQUALE P., *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 1, p. 19 ss.
- DEGL'INNOCENTI L. (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011
- DEGL'INNOCENTI L. – TOVANI S., *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, p. 1177 ss.
- DEL CASTILLO O., *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002 n. 189 : la costruzione della muraglia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 3, p. 81 ss.
- DELLA BELLA A., *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, in *Il Corr. del Mer.*, 2010, 4, p. 424 ss.
- DELLA BELLA A., *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 12, 2008, p. 4792 ss.
- DELLA ROCCA P. M., *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 129 ss.
- DI BARI P., *La difficile tenuta costituzionale del nuovo reato di c.d. clandestinità alla prova della giurisprudenza*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 1, p. 116 ss.

- DI CAGNO E., *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Riv. pen.*, 2010, 7-8, p. 687 ss.
- DI CHIARA G., *Ghost people. Immigrazione clandestina, tutela della salute e dignità della persona*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, p. 23 ss.
- DI DEDDA E., *Illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 44
- DI MARTINO A. – RAFFAELLI R., *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 luglio 2011
- DI MARTINO A., *D.l. 23.5.2008 n. 92, conv., con modif., in l. 24.7.2008, n. 125, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Legisl. pen.*, 2009, 2, p. 123 ss.
- DI MARTINO A., *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 Maggio 2012
- DI PEPPE V., *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della "legge sicurezza" 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, p. 341 ss.
- DI PEPPE V., *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. UU., 24 febbraio 2011, n. 16453*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, p. 2886 ss.

DODARO G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 ss.

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1, 2009, p. 127 ss.

DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, p. 3558 ss.

EPIDENDIO T., *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2011

EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p.1263 ss.

EUROSTAT, *Immigration to EU Member States down by 6% and emigration up by 13% in 2008*, 1, 2011, p. 1 ss. su epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-11-001/EN/KS-SF-11-001-EN.PDF

FANTETTI F., *Estrema indigenza ed espulsione del clandestino*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2011, 6, p. 431 ss.

FAVILLI C., *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero in Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, 4, p. 1114 ss.

FAVILLI C., *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 3, p. 13 ss.

FAVILLI C., *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7, p. 904 ss.

FAVILLI C., *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo ed immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 2, p. 13 ss.

FERRAJOLI C. F., *Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione*, in *Pol. dir.*, 2007, 2, p. 175 ss.

FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001

FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, p. 493 ss.

FERRAJOLI L., *L'illusione della sicurezza*, in www.festivaldeldiritto.it/2008/pdf/interventi/ferrajoli.pdf

FERRAJOLI L., *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 5, 2009, p. 9 ss.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Bologna, 2007

FIANDACA G., *sub art 27 3° comma*, in *Commentario alla Costituzione*,
a cura di G. BRANCA, Bologna- Roma, 1991,p. 223 ss.

FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale- Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2008

FIORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, p.
1084 ss.

FIORE S., *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica
dei reati di falso*, Napoli, 2000

FOCARDI F., *La direttiva rimpatri non ha effetto diretto: occorre
l'intervento della Corte costituzionale (ma nell'attesa lo straniero
ha un giustificato motivo a restare in Italia)*, in
www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2011

FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia
dell'immigrazione. Gli stranieri: un valore economico per la
società. Dati e considerazione su una realtà in continua
evoluzione* , Bologna, 2011

FORNASARI G., *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla
sfida del multiculturalismo*, in *In dubio pro libertate : Festschrift
für Klaus Volk zum 65*, a cura di W.HASSEMER e S.MOCCIA,
München, 2009, p. 177 ss.

FOUCAULT M., *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998

GALETTA D. U., *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'“esternalizzazione” e politiche nazionali di gestione della c.d. “emergenza immigrazione”*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2010, 6, p. 1449 ss.

GAMBARDELLA M., *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero “irregolare”*, in *Quest. giust.*, 2010, 3, p. 173 ss.

GAMBARDELLA M., *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della “clandestinità”: abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, 4, p. 1349 ss.

GAMBARDELLA M., *Il favoreggiamento dell'emigrazione clandestina e la Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2009, 3, p. 191 ss.

GAMBARDELLA M., *Immigrazione*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, 2006, IV, p. 2892 ss.

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

GAMBARDELLA M., *Nuovi cittadini dell'Unione Europea e 'abolitio criminis' parziale dei reati in materia d'immigrazione*, in *Cass. pen.*, 2008, 3, p. 909 ss.

- GAMBARDELLA M., *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 785 ss.
- GAMBERINI A. – SFORZI M., *Il reato di immigrazione illegale*, in *Studi e materiali di diritto penale*, 2009, 1, p. 115 ss.
- GARLAND D., *Pena e società moderna*, Milano, 1999
- GATTA G., *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 febbraio 2012
- GATTA G., *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza. Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, p. 1323 ss.
- GATTA G., *Inottemperanza del 'clandestino' all'ordine di esibire i 'documenti': davvero abolitio criminis ?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 11, p. 1348 ss.
- GILIBERTO A., *Lo straniero irregolare è ancora punibile per il reato di omessa esibizione dei documenti?*, in *Il Corr. Mer.*, 2011, 3, p. 293 ss.
- GIORDANO, *Impronte e minori*, in *Guida al dir.*, 9 agosto 2008, 32, p. 81 ss.
- GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali*, New York, 1961

- GORSKI H. C. S., *Stati espulsori e semipersone nell'Unione Europea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2010, 1, p. 59 ss.
- GRASSO P.G., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972
- GROSSO E., *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 3, editoriale
- GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del "socialismo giuridico penale"?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 956 ss.
- HASSEMER W., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in SCHOLLER/PHILIPPS (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.
- HASSEMER W., *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 321 ss.
- HASSEMER W., *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. Dir.*, 2008, 1-2, p. 15 ss.
- KANT E., *Zum Ewigen Frieden*, 1795, trad. it. R. Bordiga, *Per la pace perpetua*, Milano, 1991

- LA ROSA M., “Clandestinità” e controllo di costituzionalità: di nuovo ai blocchi di partenza, in *Il Corr. Mer.*, 2010, 1, p. 63 ss.
- LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011
- LICASTRO G., *Il catalogo Schengen (UE) dedicato ai controlli alle frontiere esterne*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, 2, p. 375 ss.
- LICASTRO G., *La cooperazione intergovernativa al Trattato Costituzionale. L'evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 1, p. 167 ss.
- LO MONTE E., *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino tra l'incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. Dir.*, 1-2, 2011, p. 41 ss.
- LOCCHI M.C., *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2010, 3, p. 571 ss.
- LONGOBARDO C., *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, III, p. 219 ss.
- LORUSSO S., *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8- All.1, p. 50 ss.

- LYNCH J. P. - SIMON R. J., *Saggio comparativo sul coinvolgimento criminale di immigrati e autoctoni in 7 Nazioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, 3, p. 13 ss.
- MANSEL J., *Criminalità come tratto distintivo dei discendenti dei lavoratori stranieri?*, in *Dei delitti e delle pene*, 86, 3, p. 533 ss.
- MANTOVANI F., *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 1003 ss.
- MANTOVANI F., *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 4, p. 393 ss.
- MANTOVANI G., *Intercultura. E' possibile evitare le guerre culturali?*, Bologna, 2004
- MARINI G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 359 ss.
- MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, p. 1 ss.
- MASERA L. - VIGANO' F., *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri Ue": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano.*, in *Cass. pen.*, 2010, 5, p. 1710 ss.

MASERA L., *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, su www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 settembre 2012

MASERA L., *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, p. 37 ss.

MASERA L., *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 febbraio 2012

MATERIA A., *L'allargamento dell'Unione europea: aspetti penali relativi ai cittadini bulgari e rumeni*, in *Crit. dir.*, 2007, 2, p. 199 ss.

MATTEVI E., *Sulla legittimità costituzionale del reato di immigrazione clandestina*, in *Giur. It.*, 2011, 4, p. 901 ss.

MC BRITTON M. – SERINO C., *Immigrati di seconda generazione: dimensioni psico-sociali e aspetti normativi*, in *Minorigiustizia*, 2011, 1, p. 66 ss.

MD-ASGI, *Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione. Una svolta possibile e necessaria*, in *Quest. giust.*, 2006, 5, p. 1082 ss.

- MD-GD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*,
in *Quest. giust.*, 3-4, 1996, p. 895 ss.
- MELCHIONDA U., *L'immigrazione in Italia*, in *Dei delitti e delle pene*,
93, 1, p. 167 ss.
- MELOSSI D., *Immigrazione e devianza : osservazioni su identità e
controllo sociale nella costruzione di una “nuova” democrazia
europea*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1993, III, p. 7 ss.
- MELOTTI U., *Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in
Europa*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 1, p. 71 ss.
- MEREU A. – ZANNOTTI R., *Il cd. “decreto sicurezza”: profili di diritto
sostanziale*, in *Giur. di mer.*, 2009,1, p. 17 ss.
- MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla
concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979
- MOCCIA S., *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit.
dir.*, 1-3, 2010, p. 192 ss.
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni
postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv .it. dir. proc. pen.*, 1995, p.
343 ss.
- MOCCIA S., *I rifiuti sociali nella scarica penale*, in *il Manifesto*, 20
Dicembre 2011

- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997
- MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001
- MOCCIA S., *Mario Pagano ovvero l'impegno civile del giurista*, in *Crit. dir.*, 2-3, 1999, p. 355 ss.
- MORRONE F., *Lo sfruttamento della manodopera straniera e le "forme contemporanee di schiavitù": il caso di Rosarno*, in *Dir. Um. Dir. Intern.*, 2010, 2, p. 367 ss.
- MORSELLI C., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011
- MUSACCHIO V., *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, 2005
- MUSSO M., *Immigrazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, VI, p.160 ss.
- NALETTO G., *La legittimazione normativa delle discriminazioni e del razzismo*, in *Rapporto sul razzismo in Italia*, a cura di G. NALETTO, Roma, 2009, p. 58 ss.
- NAPPI S., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, 3, p. 457 ss.

- NASCIMBENE B., *“Human rights and citizenship : The challenge of migrations”*, Intervento al Convegno dell’ISPI, Milano, 13 novembre 2006, in www.ispionline.it/it/documents/presentazione_nascimbene.pdf
- NASCIMBENE B., *Il progetto di Costituzione europea e l’immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 1, p. 13 ss.
- NASCIMBENE B., *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997
- NATALE A. – RENOLDI C., *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l’Italia e la libertà dei migranti*, in *Quest. giust.*, 2011, 5, p. 18 ss.
- NOCIFORA E., *Il mercato del lavoro degli extracomunitari nell’Italia degli anni novanta*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 1, p. 93 ss.
- NUZZO F., *Appunti sulla incostituzionalità dell’art. 61, n. 11 bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3748 ss.
- ONIDA V., *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009, p. 15
- ONIDA V., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4, p. 537 ss.
- PACE A., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rassegna Parlamentare*, 2010, 3, p. 651 ss.

- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003
- PADOVAN D., *L'immigrato, lo straniero, il carcere : il nuovo razzismo nelle cittadelle occidentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 93, 1, p. 149 ss.
- PAGGI M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 4, p. 35 ss.
- PAGGI M., *Osservazioni "a caldo" su alcune modifiche essenziali apportate dalla l. 94/2009 sulla condizione di soggiorno degli immigrati extracomunitari*, in *Dir. imm. citt.*, 4, 2009, p. 145 ss.
- PALAZZO F., *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2004, 4, p. 783 ss.
- PALERMO P., *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Riv. pen.*, 2010, 9, p. 815 ss.
- PALLIGGIANO G., *Stranieri : sanatoria per colf e badanti valida anche per chi ha violato l'ordine di espulsione. L'operatività diretta della normativa comunitaria rende nulla la disposizione che sancisce il reato*, in *Guida al Dir.*, 2011, 22, p. 95 ss.

- PALOMBARINI G. - RODOTA' S., *Migranti e sicurezza. Un punto di vista laico*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 32 ss.
- PALOMBARINI G., *Scarti di umanità. Emarginazione, sfruttamento e ruolo dei giudici*, in *Quest. giust.*, 2011, 6, p. 30 ss.
- PASTORE M., *Frontiere, conflitti, identità. A proposito di libera circolazione e nuove forme di controllo sociale in Europa*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 3, p. 19 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *Stranieri non per la Costituzione*, in *I diritti dell'uomo*, 2009, 3, p. 5 ss.
- PAVARINI M., *Alcune proposte per un governo della sicurezza*, in AA.VV., *La sicurezza urbana*, a cura di R. SELMINI, Bologna, 2004, p. 296 ss.
- PAVARINI M., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 2, p. 816 ss.
- PAVARINI M., *Il diritto penale dell'immigrato straniero*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 116 ss.
- PAVARINI M., *Sicurezza dei diritti, non diritto alla sicurezza*, intervista pubblicata su www.ristretti.it/interviste/giustizia/pavarini2.htm
- PEANO CAVASOLA F., *Giovani stranieri a rischio di esclusione dal mercato del lavoro*, in *Minorigiustizia*, 2011, 1, p. 109 ss.

PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 19 ss.

PECCIOLI A., *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 42 ss.

PELISSERO M., *Il vagabondo oltre confine. Lo Statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2 giugno 2011, p. 239 ss.

PELISSERO M., *Immigrazione e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2010, 4, p. 16 ss.

PELISSERO M., *Le ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina*, in corso di pubblicazione in *Atti del Convegno "Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare"*, 11 Novembre 2011, Prato, patrocinato dall'A.I.D.P. - GRUPPO ITALIANO, Sezione giovani penalisti

PELISSERO M., *Le novità del "pacchetto sicurezza" (prima parte). Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1346 ss.

PEPINO L., *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema ed alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 2, p. 11 ss.

PEPINO L., *Detenzione senza limiti. Per i migranti si può*, in *Il Manifesto*,
03 luglio 2012

PEPINO L., *Guerra alla povertà o guerra ai poveri?*, in *Quest. giust.*,
2011, 3-4, p. 299

PEPINO L., *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. giust.*, 1999, 1, p. 1
ss.

PEPINO L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*,
in *Dir. imm. citt.*, 2002, 3, p. 14 ss.

PEPINO L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine
della l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 9 ss.

PEPINO L., *Una soluzione insoddisfacente dei problemi
dell'immigrazione*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 1024 ss.

PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione
incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S,
p. 5 ss.

PISA P., *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir.
pen. proc.*, 2011, 7, p. 804 ss.

POMPONIO P., *Espulsione amministrativa e modalità di esecuzione del
provvedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8- All.1, p. 46 ss.

POTETTI D., *Alcuni profili di legittimità dei provvedimenti amministrativi presupposti nel reato di trattenimento dello straniero sul territorio nazionale.*, in *Cass. pen.*, 2009, 5, p. 2125 ss.

POTETTI D., *La legittimità amministrativa dei provvedimenti del Prefetto e del Questore nel reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del T.U. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, 3, p. 1208 ss.

PUGIOTTO A., «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

PUGLIESE E., *Immigrazione e politiche migratorie nell'era berlusconiana*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2010

RENOLDI C., *Gli stranieri, l'espulsione, il diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2011, 2, p. 206 ss.

RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir., imm. citt.*, 2009, 4, p. 38 ss.

RENOLDI C., *Il reato di immigrazione clandestina e la Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2009, 5, p. 165 ss.

RENOLDI C., *Recenti arresti giurisprudenziali in materia di espulsione come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 2, p. 119 ss.

- RENOLDI C., *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, p. 87 ss.
- RESTA F., *Neoschiavismo e dignità della persona*, in *Giur. merito*, 2008, 6, p. 1689 ss.
- RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 1, p. 181 ss.
- REVELLI M., *Povera Italia*, in *Quest. Giust.*, 3-4, 2011, p. 285 ss.
- RICCARDI G., *Il "pendolarismo" della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza : a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, in *Crit. Dir.*, 2007, 1, p. 48 ss.
- RICCARDI G., *La doppia percezione della clandestinità nella Corte Costituzionale : l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2010, 1-3, p. 81 ss.
- ROMBOLI R., *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione : La Corte Costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2703 ss.
- RUGA RIVA C., *Droga e immigrazione : il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Crit. dir.*, 2005, 2-3-4, p. 228 ss.

RUGA RIVA C., *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, p. 1089 ss.

SALERNO F., *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 3, p. 487 ss.

SARAMAGO J., *L'ultimo quaderno*, Milano, 2010

SARTARELLI S., *La sentenza n. 21 del 2009 ovvero la "tendenza salvifica" della Corte costituzionale rispetto alle disposizioni del t.u. sull'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2009, 2, p. 1215 ss.

SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 1280 ss.

SAVIO G., *Le condanne per inottemperanza all'ordine del questore sono ostative per la regolarizzazione di colf e badanti?*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 3, p. 95 ss.

SAVIO G., *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir., imm. citt.*, 2009, 4, p. 59 ss.

SCOLETTA M., *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 gennaio 2012

- SCUTO F., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012
- SILVERIO S., *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull'immigrato clandestino ovvero irregolare*, in *Pol. dir.*, 2009, 4, p. 639 ss.
- SIRACUSANO F., *La clandestinità, "condizione" della circostanza aggravante e "condotta" del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, 7-8, p. 2925 ss.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, p. 326 ss.
- STABILE R., *Quando il diritto all'unità familiare non impedisce l'espulsione dello straniero*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 1, p. 51 ss.
- STAMMATI S., *Il trattato di Lisbona : primi appunti*, in *Crit. dir.*, 3-4, 2008, p. 308 ss.
- STILE A., *Espulsione dello straniero e processo penale*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, p. 1336 ss.
- TERRACCIANO U., *Stranieri. Le nuove disposizioni in materia di immigrazione*, Forlì, 2005
- TERRASI A., *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2009, 3, p. 591 ss.

- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008
- TRICOMI L., *Illegittimo pretendere il permesso di soggiorno dallo straniero che vuole sposare un'italiana. Le norme interne devono bilanciare i vari interessi ma non toccare il godimento dei diritti fondamentali*, in *Guida dir.*, 2011, 33-34, p. 20 ss.
- TUCCI R., *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari (art. 12 comma 5 bis D .l.vo. n. 286/98 T.U. immigrazione)*, in *Giust. pen.*, 2010, 6, p. 211 ss.
- TURCHETTI S., *Favoreggiamento del transito verso uno Stato estero: è reato?*, in *Giur. It.*, 2009, 8-9, p. 2016 ss.
- VANORIO F., *La pronuncia della Consulta n. 359 del 17.12.2010: incostituzionale la mancata previsione del giustificato motivo nel co. 5 quater dell'art. 14 TU.*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 1, p. 104 ss.
- VIGANO' F. - MASERA L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss.
- VIGANO' F. – MASERA L., *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 6 luglio 2011

- VIGANO' F. – VIZZARDI M., *Pacchetto Sicurezza ed espulsioni: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 7, p. 813 ss.
- VIGANO' F., *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2011
- VIGANO' F., *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, Relazione ad un incontro di studio in data 20 dicembre 2010 presso il Tribunale di Milano, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2010
- VIGANO' F., *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, p. 13 ss.
- VIGANO' F., *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2011
- VIGANO' F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. CORSO – E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, p. 617 ss.
- VIGANO' F., *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2012

- VIGANO' F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4, p. 3017 ss.
- VIOLA F., *Costituzione e costituzionalismi*, in AA.VV., *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione Italiana. Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Roma, 5-7 dicembre 2008*, a cura di F. D'AGOSTINO, p. 120 ss.
- VIZZARDI M., *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, p. 1706 ss.
- WINKLER M., *Il caso EL DRIDI al vaglio della Corte di Giustizia: verso una gestione "più umana" dei rimpatri di stranieri irregolari in Italia?*, in *Resp. Civ. prev.*, 2011, 7-8, p. 1485 ss.
- ZANINI A., *Uguaglianza, differenza, solidarietà*, in *Dei delitti e delle pene*, 92, 1, p. 133 ss.
- ZIRULIA S., *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Il Corr. Mer.*, 2011, 5, p. 510 ss.
- ZIRULIA S., *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 9 dicembre 2010

ZORZI GIUSTINIANI F., *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione.*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 3, p. 671 ss.