

Il diritto dell'Unione europea e l'evoluzione della normativa sulla immigrazione

Stefano Di Pinto

Avvocato penalista

Docente presso il master interfacoltà di II livello
in Scienze forensi della Sapienza — Università di Roma

SOMMARIO: 1. Premessa, 313 – 2. Le fonti nazionali in materia di immigrazione, 314 – 3. La ricognizione. L'impatto della normativa europea sul diritto penale dell'immigrazione, 318 – 4. La legge di trasposizione della Direttiva rimpatri (2008/115/CE), 319 – 4.1. *Profili problematici di diritto intertemporale dei riformati delitti di inottemperanza agli ordini di allontanamento del Questore*, 324 – 5. Le nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari, 326 – 6. La focalizzazione. L'impatto della Direttiva rimpatri sul reato di "Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato". Analisi del reato, 329 – 6.1. *I rapporti tra il reato di clandestinità e quello di ottemperanza all'ordine di esibizione di un documento di identificazione e/o del permesso di soggiorno (art. 6 T.U. imm.)*, 340 – 6.2. *La questione di legittimità costituzionale del reato di clandestinità*, 342 – 6.3. *Le possibili interferenze tra procedimento penale ed amministrativo a carico del migrante irregolare*, 346 – 6.4. *La compatibilità tra la Direttiva rimpatri ed il reato di clandestinità. La mancata depenalizzazione dell'art. 10 bis T.U. imm.*, 347 – 7. L'impatto della Direttiva rimpatri su altre figure di reato, 353 – 8. Occupazione di stranieri irregolari e favoreggiamento della permanenza illegale, 353.

1. Premessa

Pochi settori dell'ordinamento giuridico presentano il grado di instabilità che è proprio della normativa sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero. Il frammentario susseguirsi degli interventi legislativi, a partire dagli anni '80 del secolo scorso per continuare anche negli anni 2000, è legato sia alla necessità di adeguarsi agli accordi internazionali sia alle molteplici pronunce della Corte Costituzionale.

Conseguentemente, il legislatore è stato costretto ad una continua produzione normativa per uniformarsi, nel tempo, alle decisioni della Corte Costituzionale, alle Direttive della Comunità Europea ed alle sentenze della Corte di Giustizia UE, aumentando la disorganicità della normativa.

L'evoluzione in atto delle norme penali in materia di immigrazione si connota per una sempre più marcata incidenza da parte del diritto dell'Unione europea. In particolare, il diritto penale dell'immigrazione è stato negli ultimi anni investito dalle riforme che hanno trasposto le Direttive 2008/115/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari (meglio nota come "Direttiva rimpatri") e 2009/52/CE (che è intervenuta sul fronte dell'occupazione lavorativa di stranieri irregolari); nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la quale, attraverso le sentenze sui casi El Dridi e Achugbabian, ha dettato principi che hanno profondamente inciso sulle scelte politico-criminali dei legislatori nazionali, e verosimilmente continueranno a farlo in futuro.

I temi cardine della materia in discorso sono dunque rappresentati dalle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare, sul duplice fronte della messa in atto di efficaci procedure di rimpatrio e della lotta al lavoro clandestino, nonché dalla predisposizione di un efficace apparato sanzionatorio (¹).

2. Le fonti nazionali in materia di immigrazione

Al contrario di altri Paesi europei, l'Italia è stata chiamata a misurarsi con il fenomeno migratorio — quantomeno nella sua dimensione moderna — in un'epoca piuttosto recente: i primi sbarchi dalle coste sud-orientali del Mediterraneo risalgono infatti alla metà degli anni Settanta.

Nel corso della prima fase, tuttavia, l'Italia non sviluppò specifiche politiche volte a governare il fenomeno migratorio. Un simile atteggiamento non solo tradì una sottovalutazione dei bisogni e dei di-

1. Cfr. ZIRULIA S., *Stranieri. Recenti sviluppi nel diritto penale dell'immigrazione*, Libro dell'anno del diritto 2013, Roma, 2013, www.treccani.it/enciclopedia, 2.

ritti dei migranti, ma contribuì anche in maniera sensibile alla rapida trasformazione del fenomeno in vera e propria emergenza.

Solamente nel 1986 si registrò un'inversione di tendenza, con l'adozione della l. 30 dicembre 1986, n. 943, composta da 19 articoli, anche in attuazione della Convenzione internazionale del lavoro del 24 giugno 1975 n. 143, ratificata con l. 10 aprile 1981, n. 158, richiamata esplicitamente all'art. 1 della l. 943/86. Il provvedimento si concentrava principalmente sull'attività lavorativa dei c.d. "lavoratori immigrati", nella convinzione che la programmazione ed il controllo dell'occupazione dei lavoratori subordinati stranieri avrebbero permesso di realizzare un efficace contrasto della clandestinità ⁽²⁾.

Successivamente, con il d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito in l. 28 febbraio 1990, n. 39, l'attenzione dell'ordinamento nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia si estese dal solo ambito del rapporto di lavoro alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Risale a questo momento, infatti, l'adozione della prima disciplina organica in materia di asilo politico, ingresso e soggiorno in Italia dei cittadini stranieri: si tratta della l. 28 febbraio 1990, n. 39 (conosciuta come "Legge Martelli"), il cui testo, composto da 13 articoli, introduce novità legislative dalle quali non si discosteranno le leggi successive. Tale legge disciplina infatti il riconoscimento dello status di rifugiato, regola e definisce l'ingresso in Italia di cittadini extracomunitari per qualsiasi ragione, non limitatamente cioè ai motivi occupazionali, introduce il concetto di flussi e di programmazione per l'entrata in Italia per ragioni di lavoro degli stranieri extracomunitari, permette che il rilascio del titolo di soggiorno avvenga anche su richiesta di terzi.

Nel corso degli anni novanta si registrò una grave emergenza migratoria legata alle vicende politiche e militari che animarono i territori della vicina ex Jugoslavia. È datato 1995 un importante provvedimento emergenziale (il d.l. 30 ottobre 1995, n. 451, convertito nella l. 29 dicembre 1995, n. 563, meglio conosciuta come "Legge Dini") teso ad introdurre nell'ordinamento strumenti utili per fronteggiare l'imponente flusso migratorio di persone prive di mezzi di sussistenza

2. Per la disamina dettagliata delle fattispecie contenute nella legge del 1986, si rinvia a MAZZA L., *La repressione penale delle immigrazioni clandestine di lavoratori extracomunitari*, in *Rivista trimestrale della Scuola di perfezionamento per le Forze di Polizia*, Roma, aprile-settembre, 1988, pp. 31-39.

e bisognose di assistenza. La finalità principale del decreto era quella di regolarizzare le numerose posizioni clandestine, sostituendo al principio di “sanatoria” quello di “regolarizzazione” e disciplinare aspetti specifici non affrontati dalle precedenti disposizioni normative, quali, ad esempio, l’introduzione dei flussi d’ingresso per i lavori stagionali e l’introduzione di diverse ipotesi di espulsione di competenza del Giudice penale, con conseguente spostamento del contenzioso dal Giudice amministrativo a quello ordinario.

La prima legge organica riguardante l’immigrazione risale al 6 marzo 1998, n. 40, la c.d. “Legge Turco–Napolitano”, suddivisa in sette titoli e 46 articoli che confluirà completamente nel successivo d.lgs. 25 luglio 1998, n. 298, “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, c.d. “Testo Unico sull’immigrazione” (di seguito T.U. imm.). Questa normativa si prefiggeva tre obiettivi: il contrasto dell’immigrazione clandestina e dello sfruttamento criminale dei flussi migratori, la realizzazione di una puntuale politica di ingressi legali limitati, programmati e regolati e l’avvio di percorsi di integrazione per i nuovi immigrati legali e per gli stranieri già soggiornanti in Italia.

Il citato Testo Unico del 1998 ebbe come finalità quella di raccogliere la normativa preesistente e, difatti, al suo interno sono stati inseriti gli articoli ancora in vigore delle seguenti leggi: l. 6 marzo 1998, n. 40 (nella sua interezza); l. 8 agosto 1995, n. 335 (art. 3 co. 13); l. 30 dicembre 1986, n. 953 (artt. 1,2,8,9,10,11,14); R.d. 18 giugno 1931, n. 173 (artt. 144, 147, 148, 149).

Tale centralità non verrà meno negli anni successivi, nonostante le importanti modifiche apportate al testo originale dalla l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Legge “Bossi–Fini”), che intervenne in maniera sensibile sui principali istituti disciplinanti l’ingresso, l’accoglienza e l’integrazione: nei suoi 38 articoli rivedeva sistematicamente la legislazione italiana in materia di stranieri, modificando ed integrando il Testo Unico in più punti.

La nuova normativa prevedeva, difatti, l’inasprimento dei sistemi per contrastare lo sfruttamento dell’immigrazione clandestina; l’introduzione di un nuovo Ente, quale era lo Sportello unico per l’immigrazione, appositamente istituito presso la Prefettura, la durata del permesso di soggiorno per il lavoro commisurata a quella del relativo contratto di soggiorno per lavoro; la revisione della normativa

e della prassi per ottenere il ricongiungimento familiare, in particolare eliminando la possibilità per lo straniero di ricorrere al medesimo istituto per i parenti entro il terzo grado; l'introduzione della regola dell'esecuzione delle espulsioni con l'accompagnamento coattivo alla frontiera

La sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 15 luglio 2004, ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 13, comma 5 *bis* della Legge Bossi-Fini. Secondo la Corte, il procedimento regolato dal sopracitato articolo, prevedendo che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera potesse essere eseguito prima della convalida da parte dell'Autorità giudiziaria, contravveniva ai principi affermati dalla stessa Corte nella sentenza n. 105 del 2001. L'allontanamento coattivo dal territorio nazionale senza che il giudice avesse potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale, vanificava così la garanzia contenuta nel comma 3 dell'art. 13 Cost.

Anche in una successiva sentenza, la n. 223 del 2004, la Corte dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 5 *quinquies*, inserito dal comma 1 dell'art. 13 della legge Bossi-Fini, nella parte in cui stabiliva che per il reato previsto dal co. 5 *ter* del medesimo art. 14, era obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto.

Con il d.l. 14 settembre 2004, n. 241, dal titolo "Disposizioni urgenti in materia di immigrazione", veniva posto rimedio alle parti della normativa dichiarate incostituzionali: veniva pertanto modificata la disciplina in materia di espulsioni di immigrati clandestini, in modo da assicurare piena efficacia alle garanzie previste dall'art. 13 Cost. ed anche la competenza in materia di convalida veniva attribuita al Giudice di Pace.

Una ulteriore integrazione normativa si è avuta con l'entrata in vigore del D.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334 che ha attuato nuove modalità di conversione del permesso di soggiorno, in particolare per dirigenti ed infermieri, ha fissato le modalità di iscrizione alle liste di stranieri che vogliono entrare in Italia per motivi di lavoro e la definizione dell'autorizzazione al rientro per gli stranieri espulsi.

Gli anni duemila sono segnati da un'azione sempre più rilevante da parte delle Istituzioni europee in materia di asilo. In qualità di Paese membro dell'Unione Europea l'Italia è stata così chiamata a recepire nell'ordinamento nazionale le importanti Direttive in materia di accoglienza (Direttiva 2003/9/UE, recepita con d.lgs. 30 maggio

2005, n. 140), di protezione internazionale (c.d. “Direttiva qualifiche” 2004/83/UE, recepita con d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251) e di procedure per il riconoscimento della protezione (c.d. “Direttiva procedure” 2005/85/UE, recepita con d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25).

Nel corso degli ultimi anni l’operato del legislatore nazionale sembra essere caratterizzato dalla volontà di superare definitivamente l’approccio emergenziale che per molto tempo ha caratterizzato le modalità di gestione dei flussi migratori. I più recenti interventi normativi sono infatti volti a creare un vero e proprio “sistema”, nella prospettiva di governare un fenomeno divenuto ormai strutturale.

La nuova stagione si è aperta con il varo del Piano nazionale per fronteggiare il flusso di migranti del 10 luglio 2014, approvato con intesa tra Governo, Regioni ed Enti locali raggiunta in sede di Conferenza unificata. In questa occasione è stato inaugurato un nuovo approccio di carattere “sistemico” basato su una visione complessiva del fenomeno migratorio, poi confermato e rafforzato anche dal successivo Piano operativo nazionale del 17 giugno 2015 e dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, con cui sono state recepite nell’ordinamento interno le Direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE in materia, rispettivamente, di accoglienza e di procedure comuni per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale.

Nel 2017, infine, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia dell’immigrazione varando — insieme alla l. 13 aprile 2017, n. 46 di conversione del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 — la l. 7 aprile 2017, n. 47 che introduce nell’ordinamento particolari misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

3. La ricognizione. L’impatto della normativa europea sul diritto penale dell’immigrazione

Esaminando ora l’influenza dell’ordinamento europeo sulla legislazione interna, risulta agevole individuare le più importanti novità che, negli ultimi anni, hanno contrassegnato, dal punto di vista del contrasto all’immigrazione irregolare, il diritto penale italiano.

Procedendo in ordine cronologico, viene anzitutto in rilievo il d.l. 23 giugno 2011, n. 89 (convertito, con pochissime modificazioni, in l. 2 agosto 2011, n. 129), che ha dato attuazione alla Direttiva dell’U-

nione europea 2008/115/CE, meglio nota come “Direttiva rimpatri”, concernente il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, entrata in vigore il 13 gennaio 2009.

L'intervento ha apportato rilevanti modifiche al Testo Unico sull'immigrazione, incidendo principalmente sui suoi artt. 13 e 14, i quali dettano la disciplina dell'espulsione dello straniero irregolare — avente natura amministrativa nel contesto di questa normativa sull'immigrazione — e prevedono un complesso apparato di sanzioni penali per le condotte che, a vario titolo, ostacolano o comunque interferiscono con quel procedimento amministrativo.

Tale riforma ⁽³⁾ merita di essere presa in considerazione, sia nell'ottica di ripercorrerne i tratti essenziali alla luce della successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sia al fine di mettere a fuoco le questioni problematiche nel frattempo emerse, anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Il secondo intervento legislativo che ha recentemente segnato la materia *de qua* è rappresentato dal d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, il quale ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla Direttiva 2009/52/CE, recante “Norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”. Anche questa riforma ha inciso su una disciplina penale in parte già esistente, ossia sul reato di occupazione di stranieri irregolari di cui all'art. 22, comma 12-bis, T.U. imm., introducendovi nuove circostanze aggravanti, nonché estendendo la relativa responsabilità anche alle persone giuridiche, come previsto dall'art. 25-duodeces, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

4. La legge di trasposizione della Direttiva rimpatri (2008/115/CE)

Occorre a questo punto esaminare nel dettaglio i contenuti delle citate riforme, concentrando l'attenzione sui profili di novità di maggiore rilievo.

Nell'ottica del penalista, le modifiche più importanti introdotte dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89 convertito in l. 2 agosto 2011, n. 129 in attuazione

3. Oggetto di un approfondito esame nella edizione del 2012 del *Libro dell'anno del diritto*, Cfr. MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 244 e segg.

della “Direttiva rimpatri” riguardano la fase esecutiva del procedimento espulsivo: le disposizioni contenute negli artt. 13 e 14 del T.U. imm. sono state, sul punto, quasi interamente riscritte. Rinviando ad altra sede per la ricostruzione dettagliata della nuova disciplina amministrativa ⁽⁴⁾, ci si limiterà, nel prosieguo, a segnalare le novità che hanno investito il versante penalistico dell’intervento riformatore, e che hanno riguardato le sanzioni applicabili allo straniero a fronte di condotte che ostacolano o comunque interferiscono col procedimento espulsivo.

Il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, ha introdotto nel Testo unico sull’immigrazione due fattispecie incriminatrici di nuovo conio, che non avevano omologhe nella disciplina antecedente al recepimento della Direttiva.

Vengono infatti punite, con la multa da 3.000 a 18.000 euro:

- la violazione (senza giustificato motivo) delle misure coercitive disposte dal Questore in caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, comma 5.2, T.U. imm.), ovvero
- l’infrazione delle misure disposte dal Questore in alternativa alla sanzione amministrativa del trattenimento dei migranti nei Centri di Identificazione ed Espulsione (art. 14, comma 1-bis, T.U. imm.) (c.d. C.I.E., i quali sono stati recentemente rinominati Centri di Permanenza per i Rimpatri — C.P.R. — dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, c.d. “Minniti — Orlando” ⁽⁵⁾), ossia:

4. In particolare, l’espulsione amministrativa è un provvedimento ablativo recettizio che assume la veste formale dell’ordine di pubblica sicurezza. La misura è sempre disposta, previa valutazione sul singolo caso, con decreto motivato dall’Autorità competente e, fermo restando l’obbligo di convalida da parte dell’Autorità Giudiziaria competente come per tutti i provvedimenti che incidono sulla libertà personale ex art. 13 della Costituzione, è immediatamente esecutivo. Per uno sguardo sintetico e d’insieme cfr. MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, cit.; per una disamina più dettagliata si veda invece SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni dopo la legge 129/2011*, in www.meltingpot.org.

5. Si tratta di strutture che ospitano gli stranieri destinati all’espulsione, in attesa dell’esecuzione del provvedimento, per un periodo di tempo che, prima della l. 30 ottobre 2014, n. 163, poteva durare fino a 18 mesi, e che oggi è stato ridotto ad un massimo di 3 mesi. Va, peraltro, evidenziato come il termine limite in parola abbia, da ultimo, subito un’ulteriore variazione con l’approvazione del d. lg. 18 agosto 2015, n. 142 che, in attuazione della Direttiva 2013/33/UE sulle norme relative all’accoglienza e al riconoscimento della protezione internazionale, ha previsto, in alcune circostanze, il trattenimento dei richiedenti asilo fino a 12 mesi.

Tali strutture, qualificate dal Sen. Gianrico Carofiglio in termini di “galere amministrative” nel corso della seduta n. 90 del 12 novembre 2008 dell'Assemblea del Senato, sono state introdotte nel nostro ordinamento dall'art. 12 della c.d. “legge Turco–Napolitano” (l. n. 40/1998) con la denominazione di Centri di permanenza temporanea ed assistita (C.P.T.A.) e poi trasformate, con il d.l. n. 92/2008, in “Centri di identificazione ed espulsione” (C.I.E.).

Allo stato attuale sono quattro i C.I.E./C.P.R. funzionanti (Brindisi, Caltanissetta, Roma, Torino) con circa 574 posti disponibili di cui effettivi 359.

Sul punto cfr. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato della Repubblica — XVII legislatura), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, in www.senato.it, gennaio 2017, p. 12.

Per un'analisi critica cfr. R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, p. 51 e segg.; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, p. 573 e segg.

Si discute ormai da lungo tempo in ordine alla costituzionalità di questa sanzione amministrativa che, attraverso una “truffa delle etichette”, celerebbe in realtà quella che è una vera e propria forma di detenzione in strutture para–carcerarie, senza, tuttavia, le tutele proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale. In tali strutture, infatti, il migrante subisce una limitazione della libertà personale in assenza di un preventivo provvedimento giurisdizionale. Il controllo dell'Autorità Giudiziaria viene effettuato dal Giudice di Pace solo in un secondo momento, entro le 48 ore successive all'adozione della misura, in sede di convalida. Quest'ultima, tra l'altro, avviene con una procedura semplificata, sulla base delle informazioni prodotte dalla questura e del colloquio con lo straniero affiancato da un interprete e dal proprio legale. Riconoscendo, dunque, che il trattenimento nei C.I.E./C.P.R. costituisce un'autentica limitazione della libertà personale, la sua legittimazione, contrariamente a quanto avviene oggi, dovrebbe essere ricondotta entro il perimetro costituzionale dell'art. 13 Cost., con tutte le sue garanzie: dalla riserva di giurisdizione alla riserva di legge assoluta, dalla durata della misura coercitiva alla tempistica per la sua successiva convalida.

In tal senso depone la sentenza della Corte Costituzionale 10 aprile 2001, n. 105, nella quale la Consulta ha sostenuto che il trattenimento dei migranti nei C.I.E. determina una compressione sia della libertà fisica che dell'integrità morale dello straniero e comporta una degradazione della dignità dell'uomo, fatto che costituisce un sicuro indice dell'ascrivibilità della misura all'art. 13 Cost.

Tra l'altro, particolare è la constatazione del fatto che una simile forma di limitazione della libertà personale, se nel nostro ordinamento pone evidenti problemi di costituzionalità rispetto all'art. 13 Cost., nelle fonti sovranazionali, invece, risulta pienamente legittimata dall'art. 5, co. 1, lett. f) della C.E.D.U., che facoltizza siffatte misure restrittive “se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione”. Sembra, dunque, che la Convenzione in parola riconosca all'inviolabilità della libertà personale garanzie molto più limitate rispetto a quelle previste dalla nostra Carta fondamentale (cfr. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato della Repubblica — XVII legislatura), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, cit., p. 10).

- consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza;
- obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere ragionevolmente rintracciato;
- obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Mentre l'introduzione delle indicate misure coercitive può essere collocata nel quadro dell'adeguamento della normativa interna alla disciplina dettata dalla citata Direttiva rimpatri, essendo dette misure volte a realizzare l'obiettivo di un utilizzo graduale e proporzionato della forza nell'ambito del procedimento espulsivo; non altrettanto può dirsi con riferimento alla previsione di sanzioni penali in caso di violazione delle stesse, non essendo stato contemplato alcun obbligo di incriminazione in tal senso a carico degli Stati membri.

La riforma del 2011 ha inoltre investito i profili sanzionatori di figure di reato già esistenti nell'ordinamento, lasciando invece immutata la loro struttura e natura delittuosa.

Si fa riferimento, in particolare,

- all'illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato, cioè alla violazione del divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, commi 13 e 13-bis, T.U. imm.), nonché
- all'illecita permanenza (prima trattenimento ⁽⁶⁾) dello straniero nel territorio dello Stato (fattispecie di natura omissiva ed a carattere permanente), cioè alle (norme incriminatrici delle) condotte di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore (disposto ai sensi dell'art. 14, commi 5-ter — che punisce l'inottemperanza al primo ordine questorile — e 5-quater T.U. imm. — che punisce l'inottemperanza agli ordini

6. Il reato è ora commesso dallo straniero che, senza giustificato motivo, "permane illegalmente" — e non più "si trattiene" — nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal Questore. Non è di immediata percezione se la scelta del verbo "permanere" comporti delle conseguenze sul piano della definizione del perimetro di tipicità del reato.

successivi al primo –), per le quali si è dolcificata la reazione punitiva passando dalla pena detentiva della reclusione (fino a quattro anni nella prima ipotesi; da uno a cinque anni nella seconda ipotesi) alla pena pecuniaria della multa (rispettivamente, fino a 20.000 euro e da 15.000 a 30.000 euro).

L'abbandono della pena detentiva è stato imposto dall'interpretazione della Direttiva rimpatri fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, intervenuta sulla disciplina di cui all'art. 14, co. 5-ter, T.U. imm. nella sentenza sul caso El Dridi (7), già oggetto di un approfondito esame nell'edizione 2012 del "Libro dell'anno del diritto" (8).

Rinviando a quella sede per ogni dettaglio, ci si limiterà qui a ricordare come il fulcro della pronuncia della Corte fosse rappresentato dalla dichiarazione di incompatibilità non già tra la Direttiva rimpatri e l'utilizzo del diritto penale quale strumento di contrasto dell'immigrazione illegale; bensì tra gli artt. 15 e 16 della medesima Direttiva e l'irrogazione di una sanzione detentiva nei confronti dello straniero irregolare inottemperante all'ordine di lasciare il territorio. Secondo la Corte, infatti, l'esecuzione di tale pena detentiva, non solo si poneva in contrasto con le modalità di trattenimento fissate dalla Direttiva a tutela dei diritti fondamentali dello straniero, ma finiva altresì col frustrare l'obiettivo della sua efficace rimozione, poiché ne ritardava l'allontanamento, così privando la Direttiva del suo effetto utile. In altre parole, la pena detentiva, comportando la permanenza dello straniero nel territorio dell'Unione europea e ritardando il suo rimpatrio, rischiava di compromettere l'instaurazione di una efficace politica di allontanamento dei migranti irregolari. A seguito di questa pronuncia è stato adottato il d.l. n. 89/2011, il quale ha modificato la norma prevedendo la sola pena pecuniaria, che oggi resta l'unica sanzione applicabile.

L'intervento della Corte europea ha, dunque, determinato un risultato utile nella legislazione italiana in materia, seppur sulla base di ar-

7. Corte di Giustizia dell'Unione europea 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, Hassen El Dridi. Sulla pronuncia *de qua* cfr. VIGANO' F., *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, co. 5-ter, T.U. imm.*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2011.

8. MASERA L. *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, cit.

gomentazioni che, in conformità ad una politica migratoria restrittiva, risultano certamente poco condivisibili.

Il successivo comma 5-*quater* dell'art. 14 T.U. imm., introdotto dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89, prevede che «nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell'ordine del Questore, di cui ai commi 5-*ter* e 5-*quater*, il giudice accerta anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione di cui al comma 5-*bis*, la cooperazione resa dallo stesso ai fini dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l'esibizione di idonea documentazione».

Il senso e la portata della disposizione in parola non risultano immediatamente percepibili. È tuttavia probabile che la norma, più che indicare criteri speciali per la commisurazione della pena dei delitti in esame ⁽⁹⁾, sia volta a dettare alcune linee guida per valutare l'eventuale presenza di un «giustificato motivo», idoneo ad escludere la rilevanza penale delle condotte di inottemperanza agli ordini di allontanamento questorili.

4.1. *Profili problematici di diritto intertemporale dei riformati delitti di inottemperanza agli ordini di allontanamento del Questore*

Le modifiche apportate dal d.l. n. 89/2011 ai reati di inottemperanza agli ordini di allontanamento del Questore (art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, T.U. imm.) hanno sollevato delicati problemi di diritto intertemporale. Come sopra rilevato, a fronte della incompatibilità tra tali figure delittuose e gli obiettivi della Direttiva rimpatri — così come interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza sul caso El Dridi — il legislatore italiano ha reagito non già rinunciando all'utilizzo dello strumento penale, ossia alla qualificazione di quelle condotte come reato, ma si è limitato a sostituire la pena detentiva con quella pecuniaria.

All'indomani della riforma, pertanto, ci si è chiesti se tra i “vecchi” e i “nuovi” delitti configurati dall'art. 14 T.U. imm. — rimasti *prima facie* immutati sul piano della fattispecie e innovati unicamente sotto

9. Nel primo senso, cfr. NATALE A., *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.06.2011; nel secondo, e preferibile, significato, v. SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., p. 16.

il profilo sanzionatorio — sussistesse un rapporto di *successione di norme penali*, ovvero piuttosto un'*abolitio criminis* con conseguente *introduzione di nuove fattispecie incriminatrici*. Si trattava di un quesito rilevante tanto con riferimento alle *condanne già passate in giudicato* prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 89/2011 (avvenuta il 24 giugno 2011), quanto in relazione ai *procedimenti a quella data ancora pendenti* ed aventi ad oggetto *fatti commessi nel vigore della disciplina antecedente*. Se, tra i reati in esame, fosse stato individuato un rapporto di *continuità normativa*, ciò avrebbe comportato, da un lato, con riferimento ai processi già conclusi alla data del 24 giugno 2011, l'immediata conversione in *executivis* delle pene detentive in pene pecuniarie (ai sensi dell'art. 2, comma 3, c.p.); dall'altro lato, con riferimento ai procedimenti ancora pendenti a quella data, l'applicabilità da parte del giudice della cognizione delle nuove e più favorevoli pene pecuniarie (*ex art. 2, comma 4, c.p.*).

Al riguardo, sia la dottrina che la giurisprudenza, ferma però restando, in entrambi i casi, la rilevanza penale delle condotte incriminate, hanno sin da subito optato per la tesi dell'*abolitio criminis* con contestuale introduzione di due nuove fattispecie incriminatrici. Ciò si è tradotto, da un lato, nella revoca delle condanne già passate in giudicato alla data del 24 giugno 2011 (ai sensi degli artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p.)⁽¹⁰⁾; dall'altro lato, nella inapplicabilità ai fatti commessi prima di quella data di qualsivoglia pena (ai sensi degli artt. 2, comma 2, c.p., essendo le pene precedenti ormai abolite; e 2, comma 1, c.p., le nuove pene non essendo ancora vigenti al *tempus commissi delicti*)⁽¹¹⁾.

Pur nella comunanza del risultato raggiunto, dottrina e giurisprudenza vi sono pervenute attraverso percorsi argomentativi eterogenei. Rinviando ad altre sedi per una compiuta disamina dei diversi orienta-

10. In tal senso, v. Trib. Pisa, 11 ottobre 2011, giudice Degl'Innocenti, in www.penalecontemporaneo.it, 26 ottobre 2011; Trib. Matera, 12 ottobre 2011, Pres. Vetrone, Est. Spagnuolo, *ibidem*, 18 novembre 2011.

11. Cass., pen., 23 settembre 2011, n. 36451, in www.penalecontemporaneo.it, 21 ottobre 2011, con nota di MASERA L., *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 t.u. imm.* (di identico contenuto è la pronuncia, resa nel corso della medesima udienza, n. 36446); Trib. Torino, 29 giugno 2011, giudice Pironi, *ibidem*, 5 luglio 2011; Trib. Pinerolo, 14 luglio 2011, giudice Reynaud, *ibidem*, 2 settembre 2011; Trib. Torino, 27 giugno 2011, giudice Natale, *ibidem*, 20 luglio 2011.

menti emersi ⁽¹²⁾, ci si limiterà in questa sede a segnalare quello che pare costituire l'argomento decisivo.

Come ha lucidamente spiegato una voce della dottrina ⁽¹³⁾, il fenomeno successorio in esame «non è riconducibile ad una semplice sostituzione della precedente formulazione dell'art. 14, commi 5-ter e quater, con quella contenuta nel decreto legge», la "storia" dell'art. 14 dovendo infatti essere divisa «non in due, ma in tre segmenti temporali»: il periodo antecedente al termine di recepimento della direttiva rimpatri (fissato al 24 dicembre 2010), durante il quale le condotte di inottemperanza erano — legittimamente, al metro del diritto UE — sanzionate con la pena detentiva; il periodo compreso tra il 25 dicembre 2010 e l'entrata in vigore del d.l. n. 89/2011, durante il quale le medesime condotte erano penalmente irrilevanti, stante il contrasto dell'incriminazione con le disposizioni di diritto UE divenute direttamente applicabili; il periodo attuale, in cui il reato è punito con la sola pena pecuniaria. Ebbene, conclude la tesi in esame, proprio la presenza di una «parentesi di liceità», all'interno della quale le condotte di inottemperanza risultavano penalmente irrilevanti, reca necessariamente con sé — «almeno in un ordinamento come il nostro, che ha accolto il principio della retroattività *in mitius* della *lex intermedia*» — la non punibilità dei fatti commessi antecedentemente al ripristino dell'incriminazione.

5. Le nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari

La Direttiva 2009/52/CE — muovendo dalla duplice premessa che «dovrebbe essere rafforzata la cooperazione fra gli Stati membri nella lotta contro l'immigrazione illegale» (considerando n. 1), e che «un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo *status* giuridico richiesto» (considerando n. 2) — «vieta l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare», e a tal fine «stabilisce norme

12. Per un'approfondita disamina del dibattito, si veda MASERA L., *Il "nuovo" art. 14 co. 5 ter d.lg. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2011.

13. Si tratta, ancora, di MASERA, *op. ult. cit.*

minime comuni relative a sanzioni e provvedimenti applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che violano tale divieto» (art. 1).

Con specifico riguardo alla materia penale, la Direttiva 2009/52/UE impone agli Stati membri di configurare come reato cinque ipotesi particolarmente gravi di assunzione di stranieri irregolari (elencate nell'art. 9 della Direttiva), prevedendo sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 10), ed estendendo tale responsabilità anche alle persone giuridiche (artt. 11 e 12).

L'Ordinamento penale italiano, invero, era già provvisto di una norma incriminatrice delle condotte di assunzione di stranieri irregolari. Si tratta dell'art. 22, comma 12, T.U. imm., il quale — nella vigente versione, introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125, c.d. “decreto sicurezza” ⁽¹⁴⁾ — punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni, e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato, chiunque occupi alle proprie dipendenze cittadini di paesi terzi privi di idoneo permesso di soggiorno.

Tale reato è dunque dotato di un campo di applicazione più ampio di quello imposto agli Stati membri dal legislatore UE: la rilevanza penale della condotta non è infatti subordinata alla sussistenza delle ipotesi di particolare gravità elencate nell'art. 9 della Direttiva.

Poste queste premesse, risulta possibile individuare le specifiche novità introdotte dal legislatore in sede di trasposizione della direttiva, attraverso il citato d.lgs. n. 109/2012 ⁽¹⁵⁾. Anzitutto, tre delle ipotesi di particolare gravità indicate dall'art. 9 della Direttiva sono state elevate a circostanze aggravanti speciali del reato contemplate dall'art. 22, comma 12, T.U. imm., la cui fattispecie base è rimasta invece immutata. Il nuovo comma 12-bis dell'art. 22 T.U. imm., infatti, prevede che le pene siano aumentate da un terzo alla metà «a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori

14. D.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”. La norma incriminatrice in esame è stata introdotta dall'art. 5, comma 1-ter, del decreto, che ha così sostituito la precedente fattispecie contravvenzionale, che era stata a sua volta introdotta dall'art. 18, comma 1, della cd. legge “Bossi-Fini” (l. 30 luglio 2002, n. 189).

15. Per una prima lettura organica dell'intervento normativo, v. MASERA L., *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 settembre 2012.

in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'art. 603 *bis* c.p.». Quest'ultima norma, volta a colpire il cd. "caporalato", prevede al terzo comma tre aggravanti: le prime due coincidono con le lett. a) e b) dell'art. 22, comma 12-*bis*, mentre la terza — alla quale soltanto, dunque, pare logico riferire il rinvio di cui all'art. 22, comma 12, lett. c) — consiste nell'«aver commesso il fatto esponendo i lavoratori . . . a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro».

Non è da escludere, peraltro, che il rinvio al comma 3 dell'art. 603 *bis* c.p. abbia costituito una svista del legislatore, atteso che le condizioni di *sfruttamento* vero e proprio (e non di *grave pericolo*) sono descritte, piuttosto, nel comma 2 della medesima norma incriminatrice.

Tornando alle novità introdotte dalla riforma, si segnala, in secondo luogo, quanto dispone il nuovo comma 12-*ter* dell'art. 22 T.U. imm., in attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. b) della Direttiva: «con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente»¹⁶).

In terzo luogo, conformemente al già citato art. 11 della Direttiva, il legislatore delegato ha introdotto nel catalogo dei reati da cui discende la responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il nuovo art. 25-*duodecies*, ai sensi del quale «in relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 22, comma 12-*bis*, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro».

Merita infine di essere segnalato l'art. 1, comma 1, lett. b), del d.lg. n. 109/2012, che, in attuazione dell'art. 13, comma 4, della Direttiva, introduce nell'art. 22 T.U. imm. i commi 12-*quater* e *quinquies*. Tali disposizioni prevedono la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero che denuncia situazioni

16. A tal proposito, il comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 109/2012 da un lato rinvia ad un decreto ministeriale per l'individuazione dei criteri finalizzati alla determinazione del costo medio del rimpatrio; dall'altro individua le voci di spesa statale, comunque connesse alla gestione dei flussi migratori, alle quali destinare i proventi derivanti dalla sanzione amministrativa in esame.

di particolare sfruttamento lavorativo e coopera nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro.

6. La focalizzazione. L'impatto della Direttiva rimpatri sul reato di "Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato". Analisi del reato

Ci si è chiesti, a più riprese, se la riforma introdotta dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89 abbia pienamente e correttamente trasposto la direttiva rimpatri nell'ordinamento interno. I dubbi che sono stati sollevati a tal proposito in dottrina, già all'indomani della riforma, sono andati via via acquistando maggiore consistenza negli ultimi tempi, facendo progressivamente ingresso anche nelle aule dei tribunali penali. A tale proposito, di particolare attualità e rilevanza è la questione relativa alla compatibilità tra la Direttiva 2008/115/CE, come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, e la contravvenzione di "Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato" di cui all'art. 10-bis T.U. imm. (più comunemente conosciuta come reato di "clandestinità" o di "immigrazione clandestina") che punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro lo straniero (che non sia destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, co. 1) che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione della normativa sull'immigrazione ⁽¹⁷⁾.

Prima di affrontare la questione è necessario premettere una breve analisi del nuovo reato contravvenzionale. Come anticipato, la l. 15 luglio 2009, n. 94 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", c.d. "Pacchetto sicurezza") ⁽¹⁸⁾, all'art. 1, comma 16, lett. a), ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano il c.d. reato di immigrazione clandestina.

Il reato in esame sanziona la condotta del cittadino extracomunitario che faccia ingresso o si trattienga nel territorio dello Stato in

17. La questione è analiticamente trattata da GATTA G.L., *Il "reato di clandestinità" (art. 10 bis T.U. imm.) e la "direttiva rimpatri"*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 febbraio 2012. In precedenza, sempre dello stesso Autore, si veda *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1327.

18. La legge è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie generale n. 170, Supplemento ordinario n. 128/L, del 24 luglio 2009.

violazione delle disposizioni dello stesso testo unico in materia di immigrazione, nonché di quelle di cui all'art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68, recante la disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio, per i quali, ove il soggiorno stesso non superi i tre mesi, non è previsto il permesso di soggiorno.

A questo proposito occorre ricordare come il comma 2 del citato art. 1 l. 68/2007 preveda che lo straniero debba, al momento del suo ingresso in Italia, o, qualora provenga da Paesi dell'area Schengen, entro 8 giorni dall'ingresso stesso ⁽¹⁹⁾, dichiarare la propria presenza rispettivamente all'Autorità di frontiera od al Questore della Provincia ove si trova, con le modalità stabilite con decreto del Ministero dell'Interno.

In caso di inosservanza di tali obblighi non dovuta da forza maggiore, lo straniero è espulso dal territorio dello Stato ai sensi dell'art. 13 T.U. imm.

La stessa sanzione si applica quando lo straniero, pur avendo effettuato la predetta dichiarazione nei termini, si trattienga nel territorio dello Stato oltre i 3 mesi oppure oltre il minore termine previsto nel suo visto di ingresso.

Ciò premesso, deve essere osservato come, in riferimento al soggetto attivo, l'art. 1, comma 2, T.U. imm. preveda che il testo unico stesso non si applichi ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario. Ne discende, pertanto, che il reato di clandestinità è un reato proprio del cittadino extracomunitario ⁽²⁰⁾.

È stata, dunque, criminalizzata l'immigrazione clandestina dello straniero extracomunitario laddove in precedenza il legislatore si era limitato a sanzionare penalmente soltanto il trattenimento o il reingresso nel territorio dello Stato dello straniero raggiunto da un provve-

19. In argomento v. Cass. Civ., Sez. I, 2 ottobre 2009, n. 21185, a tenore della quale spetta al cittadino straniero l'onere di documentare la data di ingresso in Italia al fine di stabilire il termine entro il quale il medesimo deve presentare la richiesta finalizzata al rilascio del prescritto permesso di soggiorno.

20. Tale conclusione appare pienamente confermata dalla circostanza che l'art. 10-bis T.U. imm. Non contempla alcun rinvio alle disposizioni del d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30, costituente "Attuazione della Direttiva 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", i cui artt. 20 e 21 prevedono situazioni di permanenza irregolare del cittadino comunitario nel territorio dello Stato.

dimento di espulsione o già espulso (le condotte poste in essere dallo straniero extracomunitario in violazione della disciplina sull'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale, erano anteriormente sanzionate solo in via amministrativa con lo strumento dell'espulsione).

Se con l'introduzione nel 2009 del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10-bis T.U. imm., il legislatore italiano ha inteso ovviare alla "storica" mancanza di una sanzione penale sia per l'ingresso clandestino, sia per la mera permanenza illegale dello straniero non destinatario in precedenza di un provvedimento di espulsione, ciò ha determinato — insieme al *restyling* nel 2009 dell'incriminazione relativa alla mancata esibizione del documento di identificazione o del permesso di soggiorno (art. 6, comma 3, T.U. imm.) — delle rilevanti criticità nella disciplina penale in materia di soggiorno dell'extracomunitario sulle quali si dirà meglio in seguito.

Nell'*incipit* della disposizione è presente una clausola di riserva: "salvo che il fatto costituisca più grave reato", che istaura un espresso rapporto di sussidiarietà rispetto, ad esempio, alle ipotesi criminose previste agli artt. 13 comma 13 e 14 comma 5-ter T.U. imm.

Tanto precisato appare opportuno analizzare partitamente le due alternative incriminazioni sopra descritte.

- a) La prima punisce lo "straniero" ⁽²¹⁾ (c.d. *crossborder*) che si introduce illegalmente nel territorio italiano.

L'ingresso illegale si consuma nel momento e nel luogo in cui lo straniero entra nel territorio dello Stato, varcandone i confini (marittimi, aerei o terrestri) illegalmente e cioè senza averne titolo (*id est*, essenzialmente, senza essere in possesso del passaporto o di altro documento equipollente ovvero senza avere il visto d'ingresso, qualora necessario, o, ancora, senza passare dai valichi di frontiera, salva l'ipotesi dello stato di necessità) e sia colto in flagranza dalle forze di polizia preposte alla tutela dei confini.

L'art. 10-bis, comma 2, T.U. imm. prevede peraltro che la contravvenzione *de qua* non si realizzi nel caso in cui si proceda al respingimento ai valichi di frontiera del clandestino ai sensi dell'art. 10,

21. Il termine "straniero", secondo l'accezione tecnica di cui all'art. 1, co. 1, T.U. imm., indica il cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o l'apolide, con esclusione, dunque, dei cittadini comunitari.

comma 1, T.U. imm. (si tratta di elemento negativo che concorre a definire il fatto tipico) ⁽²²⁾, mentre, il reato deve considerarsi certamente ravvisabile nelle ipotesi di c.d. respingimento differito (art. 10, comma 2, T.U. imm.), cioè nel caso in cui il respingimento dello straniero sia stato disposto, con accompagnamento del medesimo alla frontiera, dal Questore.

Si tratta di un illecito commissivo di natura istantanea che si consuma, dunque, allorché lo straniero entri — in qualsiasi modo — nel territorio dello Stato (come nel caso di reingresso illegale ex art. 13, comma 13, T.U. imm.). L'ingresso deve avvenire in violazione delle norme che disciplinano l'entrata sul suolo italiano: e a tal fine occorre fare riferimento alla disciplina generale prevista nell'art. 4 T.U. imm. ed all'art. 1 l. n. 68 del 2007 che regola i soggiorni di breve durata degli stranieri.

- b) La seconda incrimina il medesimo soggetto (c.d. “*overstayer*”), il quale entrato nel nostro Paese in base ad un titolo legittimo, vi si trattiene illegalmente giacché il titolo di soggiorno è venuto meno.

L'alternativa condotta di trattenimento illegale ha natura “permanente” (si protrae per tutto il tempo in cui lo straniero permane illegalmente in territorio italiano) e la sua previsione risponde all'esigenza di ricondurre nell'alveo della fattispecie anche le ipotesi in cui lo straniero, pur avendo varcato legalmente i confini nazionali, sia rimasto sul territorio dello Stato in violazione delle disposizioni dettate in materia di soggiorno (ad esempio, dopo la scadenza del visto di ingresso o del permesso di soggiorno ovvero dopo la scadenza del termine, decorrente dal momento del legale ingresso nel territorio italiano, per presentare la richiesta del permesso di soggiorno).

Al riguardo, si è affermato in dottrina che non si tratta di un reato commissivo, fondato sulla condotta attiva di trattenimento, bensì si è al cospetto di un reato omissivo proprio ⁽²³⁾: lo straniero non si

22. BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto*, 2009, 34, pp. 29–31.

23. GAMBARDILLA M., *Il nuovo reato di immigrazione clandestina e il diritto penale d'autore*, www.diritto.it, 15 dicembre 2011, 4.

allontana dal territorio italiano trasgredendo le norme che gli vietano il soggiorno.

È stato altresì osservato come la sopravvenuta “clandestinità” integri di per sé un fatto di reato⁽²⁴⁾; senza cioè che segua, come previsto dalla fattispecie delittuosa di cui all'art. 14, comma 5-ter T.U. imm., al provvedimento di espulsione ed all'ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato entro 5 giorni.

Peraltro, lo straniero che si trattienga dopo aver ricevuto l'intimazione ad allontanarsi risponderà del solo menzionato delitto in forza della clausola di riserva contenuta nell'art. 10-bis T.U. imm. (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”) che riconduce il rapporto tra le due fattispecie nell'ambito del concorso apparente di norme. Ove, invece, lo straniero abbia già commesso il reato di clandestinità prima di ricevere il più volte ricordato ordine, la clausola di sussidiarietà non trova applicazione.

Il parametro di riferimento per stabilire l'illegalità dell'ingresso o della permanenza nel nostro Paese è costituito, in entrambe le ipotesi di reato, dalle norme amministrative contenute nel T.U. imm. e nell'art. 1 l. 28 maggio 2007, n. 68 (sulla disciplina dell'ingresso e soggiorni brevi). E pertanto queste disposizioni rappresentano il criterio fondamentale del giudizio di disvalore penale, tutto racchiuso nella violazione delle regole amministrative dell'ingresso e del soggiorno.

Si pone la questione del possibile concorso tra le due ipotesi criminose contenute nell'art. 10-bis T.U. imm., che deve però escludersi sulla base dell'espresso rapporto di alternatività in cui esse si trovano (depone in tal senso l'uso della congiunzione “ovvero”) e della tutela del medesimo bene giuridico, rappresentato dall'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori. Peraltro, la condotta del trattenersi illegalmente nel territorio dello Stato presuppone logicamente l'avervi già fatto ingresso senza essere in possesso dei requisiti di legge, rendendo penalmente rilevante un fatto presupposto che, al momento della sua oggettiva commissione, era privo di disvalore penale. E pertanto all'ingresso illegale consegue necessariamente una permanenza illecita: sicché violerebbe il canone del *ne bis in idem*

24. BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *I reati in materia di immigrazione clandestina (Pacchetto Sicurezza)*, in *Il Penalista, Officina del diritto*, Milano, 2009, p. 62.

sostanziale duplicare il rimprovero per un fatto (la permanenza) che costituisce il naturale sviluppo della prima condotta punibile.

Trattasi di ipotesi contravvenzionale e come tale non sanzionabile a titolo di tentativo.

Da ultimo deve essere osservato come alla fattispecie non sia certamente applicabile l'aggravante della clandestinità, prevista dall'art. 61, n. 11 *bis*, c.p., essendo, appunto, lo stato di clandestinità elemento costitutivo del reato previsto e punito dall'art. 10-*bis* T.U. imm.

Sul versante soggettivo, in base alla regola generale dell'art. 42, comma 4, c.p., entrambe le figure contravvenzionali sono imputabili indifferentemente a titolo di dolo o di colpa. Non esclude la colpevolezza, pertanto, l'errore dell'autore della violazione in ordine all'eventuale possesso dei requisiti che lo legittimano a soggiornare sul territorio italiano.

È parimenti irrilevante che lo straniero non sia stato consapevole di aver fatto ingresso nel territorio italiano, quando ciò avviene in seguito ad una condotta comunque a lui rimproverabile ⁽²⁵⁾ (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'agente si imbarchi clandestinamente all'estero su di un mezzo di trasporto senza conoscerne l'effettiva destinazione, ovvero pensando che la stessa non sia proprio l'Italia).

La nuova incriminazione è stata immediatamente oggetto di aspre critiche, perché attraverso di essa si sanzionerebbe penalmente non già la commissione di un fatto offensivo di un bene costituzionalmente protetto, bensì una particolare condizione personale e sociale: quella di straniero "clandestino", derivante dalla mera violazione delle norme che disciplinano l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato italiano.

La Corte costituzionale, come si dirà meglio in seguito, si è pronunciata nel 2010 sulla legittimità del nuovo reato d'immigrazione clandestina nella sentenza 8 luglio 2010, n. 250, respingendo però le questioni di costituzionalità che erano state sollevate dai diversi giudici di merito.

Per la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro) il legislatore ha espressamente escluso la facoltà di oblazione ex art. 162 c.p. La pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 16 comma 1, T.U. imm., può esse-

25. BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, cit., pag 32.

re sostituita dal giudice con l'espulsione, qualora non ricorra però una causa che impedisca l'esecuzione immediata della misura con l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Anche per questa ipotesi, la principale critica mossa nei confronti del regime sanzionatorio in esame riguarda la sua assoluta ineffettività. Ci si è chiesti, infatti, che senso abbia “punire con una pena pecuniaria uno straniero irregolare che — proprio perché privo di permesso di soggiorno — non può accendere un conto corrente, non può essere assunto regolarmente, non può intestarsi beni immobili o mobili registrati” (26). Muovendo da tale considerazione, parte della dottrina ha sostenuto che la vera sanzione di questo reato non sarebbe l'ammenda, ma la sanzione sostitutiva dell'espulsione prevista dall'art. 16, comma 1, T.U. imm. (27). Ed è proprio su tale punto che emerge “un'ulteriore irragionevolezza del sistema: la sanzione sostitutiva nell'ambito del diritto penale è infatti di norma una sanzione meno grave di quella principale [. . .]. Qui si assiste, invece, veramente ad un paradosso: la sanzione sostitutiva [. . .] è più grave rispetto alla pena principale” (28).

L'analisi del profilo sanzionatorio della fattispecie mostra dunque tutta la sua ineffettività e simbolicità, attraverso la previsione astratta di una pena pecuniaria realisticamente poco praticabile e di una pena sostitutiva che — oltre a generare dubbi di ragionevolezza del sistema — va a sovrapporsi confusamente alle sanzioni amministrative di allontanamento (29).

Ad oggi, per inciso, l'ordinamento italiano distingue multiple tipologie differenti di provvedimenti di espulsione (30):

- a) espulsione amministrativa disposta dal Ministro dell'Interno (art. 13, comma 1, T.U. imm.), qualora:

26. SAVIO G., *Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà*, in www.asgi.it, 11 gennaio 2016, 2.

27. MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2001, 2, p. 450.

28. MANNA, *op. cit.*, p. 452.

29. RUGGIERO C., *La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, 2, p. 145.

30. ALIOTO C.N., *L'espulsione dello straniero dallo Stato*, in *Rivista di Polizia*, Roma, 2017, IV-V, pp. 403-422.

- lo straniero costituisca un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato;
 - la presenza dello straniero costituisca una minaccia per lo Stato, per motivi di prevenzione del terrorismo, nelle ipotesi previste dall'art. 3 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito dalla l. 31 luglio 2005, n. 155, e recentemente integrato nei contenuti dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, ovvero lo straniero appartenga ad una delle categorie di cui all'art. 18 l. 22 maggio 1975, n. 152, o nei cui confronti vi siano fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.
- b) espulsione amministrativa disposta dal Prefetto (art. 13, comma 2, T.U. imm.), qualora lo straniero:
- si sia sottratto ai controlli di frontiera senza essere stato respinto ai sensi dell'art. 10 T.U. imm.;
 - non abbia dichiarato la sua presenza in Italia o non abbia chiesto il permesso di soggiorno entro otto giorni dall'ingresso, salvo che il ritardo sia dipeso da cause di forza maggiore;
 - abbia subito la revoca o l'annullamento del permesso di soggiorno, ovvero il citato titolo gli sia stato rifiutato;
 - non abbia chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno entro 60 giorni dalla sua scadenza;
 - sia da considerarsi socialmente pericoloso, laddove ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, ai sensi degli artt. 1, 4 e 16 del d.lgs. n. 159/2011;
 - si prepari a porre in essere atti diretti alla commissione di reati con finalità di terrorismo, anche internazionale, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 152/2011, in gruppi o isolatamente, ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche, nelle particolari ipotesi previste dall'art. 3, d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2005, n. 155, recentemente integrato nei contenuti dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 aprile 2015, n. 43.

L'art. 13 T.U. imm., nel suo complesso, trova il suo antesignano nell'art. 150 T.U.L.P.S.

- c) espulsione disposta dal Giudice a titolo di misura di sicurezza (personale non detentiva) *ex* art. 235 c.p. (come sostituito dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125, art.1, comma 1, lett. a), che prevede, in aggiunta all'*espulsione* dello straniero, l'*allontanamento* dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro della Unione europea nel caso di condanna alla reclusione per un tempo superiore ai 2 anni ⁽³¹⁾. Al riguardo, è incerto se sia introdotta una semplice differenziazione terminologica (espulsione–allontanamento) tra le due ipotesi.

L'espulsione prevista dall'art. 235 c.p. costituisce l'unica misura di sicurezza contemplata nel nostro ordinamento la cui violazione integra un reato; detta eccezione sembra giustificarsi in ragione dell'impossibilità di sostituire o di aggiungere altre misure di sicurezza a quella trasgredita. Il destinatario della misura di sicurezza di cui all'art. 235 c.p. che violi l'ordine di espulsione od allontanamento commette il delitto contemplato al comma 3 della medesima norma, punito con la reclusione da 1 a 4 anni, ed è soggetto all'arresto obbligatorio, anche fuori dei casi di flagranza, nonché al procedimento con rito direttissimo.

Continuano, peraltro, anche nel nuovo dettato legislativo, a trovare applicazione le altre ipotesi di espulsione che trovano la propria regolamentazione in leggi speciali: a titolo esemplificativo, l'art. 86 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, T.U. stupefacenti, dispone l'espulsione dello straniero conseguente a condanna per delitti in materia di stupefacenti e l'art. 15 T.U. imm. attribuisce al giudice la facoltà di ordinare l'espulsione dello straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p., sempre che risulti socialmente pericoloso.

Ai sensi dell'art. 211 c.p., l'espulsione è eseguita dopo l'esecuzione della pena detentiva o, qualora sia stata irrogata una sanzione non

31. La soglia minima della reclusione superiore ai 2 anni è il risultato della recente novella apportata con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, rispetto al testo originario della norma che prevedeva l'applicazione della misura in caso di condanna alla reclusione non inferiore a 10 anni.

detentiva, dopo che la condanna è divenuta irrevocabile. L'espulsione non è mai temporanea; ma è revocabile come ogni misura di sicurezza diversa dalla confisca ⁽³²⁾.

- d) espulsione disposta dal Giudice di Pace a titolo di misura sostitutiva della detenzione o alternativa alla detenzione (art. 16, comma 5, T.U. imm., novellato dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10) quando questi si trovi a pronunciare sentenza di condanna, anche a seguito di rito patteggiato, per un reato non colposo, a una pena detentiva che non superi i 2 anni, e non ricorrano le condizioni per concedere la sospensione condizionale della pena. Analogamente, nei confronti dello straniero detenuto, identificato, che deve scontare una pena, anche residua, non superiore a 2 anni, il magistrato di sorveglianza può adottare un provvedimento di espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione.

Una volta adottato legittimamente un provvedimento di espulsione, l'Autorità di Pubblica Sicurezza competente, vale a dire il Questore, provvede all'adozione della misura di sicurezza dell'espulsione.

Anche le misure di esecuzione del provvedimento di espulsione possono essere distinte in due categorie:

- la partenza volontaria, che si realizza concedendo allo straniero un termine, da 7 a 30 giorni, per fare rientro autonomamente nel Paese di origine;
- l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Ammesso che nel tempo che intercorre tra l'adozione del provvedimento di espulsione e la sua esecuzione non emergano condizioni di inespellibilità dello straniero (per le quali si rinvia alla trattazione in altra sede), una volta eseguita la misura, il processo di rimpatrio può dirsi concluso.

Il reato è stato devoluto alla competenza per materia del Giudice di Pace ed il suo accertamento allo speciale rito introdotto, nel d.lgs. 28

32. MAZZANTI M., *Espulsione dello Straniero*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, 1966, p. 914.

agosto 2000, n. 274, dall'art. 1, comma 17, della legge in commento; anche questa scelta è stata aspramente criticata dalla dottrina. Si è, infatti, messo in luce come l'allargamento della sua competenza possa innescare una mutazione genetica di una giurisdizione che, almeno nella sua configurazione originaria, appariva diretta alla composizione di microconflittualità individuali, secondo una logica non di repressione ma di conciliazione e riparazione.

L'attribuzione della competenza del reato *de quo* al Giudice di pace comporta, poi, il divieto di applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena inflitta oltre che, ovviamente, l'impossibilità di avanzare richiesta di "patteggiamento" ex artt. 444 e ss. c.p.p. (oltre che di giudizio abbreviato).

Per completezza deve essere evidenziato come, in deroga a quanto stabilito dall'art. 13, comma 13, T.U. imm., è stata prevista, dal nuovo art. 10-bis, comma 4, la possibilità di procedere all'espulsione dello straniero denunciato per il reato di clandestinità senza l'acquisizione del preventivo nulla osta dell'Autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato stesso.

In tale ipotesi il Questore comunicherà l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento previsto dall'art. 10, comma, 2 T.U. imm., al Giudice di Pace precedente che, acquisita tale notizia, pronuncerà sentenza di non luogo a procedere, peraltro non ostativa alla riproposizione dell'azione penale in caso di reingresso illegale dello straniero, atteso l'espesso rinvio all'art. 345 c.p.p. operato nell'art. 10-bis, comma 5., T.U. imm. (manifestandosi in tal modo un evidente favore per il ricorso all'espulsione amministrativa).

Per concludere i brevi cenni relativi al procedimento, va ricordato che l'art. 10-bis, comma 6, prevede altresì l'obbligatoria sospensione del procedimento penale nel caso l'imputato abbia presentato domanda di protezione internazionale ai sensi del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 e, qualora la stessa venga accolta, l'obbligo di pronunciare ugualmente sentenza di non luogo a procedere.

Sempre con riferimento al trattamento sanzionatorio, come già accennato, deve essere ricordato che, in base al combinato disposto degli artt. 16, comma 1, T.U. imm. e 62-bis d.lgs. 74/2000, il Giudice di Pace può applicare, in caso di condanna per il reato di clandestinità ed ove non ricorrano le cause ostative indicate dal comma 1 dell'art.

14 T.U. imm., l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena pecuniaria irrogata.

Qualora, infine, il Giudice di Pace applichi una pena pecuniaria senza sostituirla con l'espulsione e la stessa resti ineseguita per l'insolubilità del condannato, l'ammenda verrà, ai sensi dell'art. 55, commi 1 e 5, d.lgs. 74/2000, convertita in lavoro sostitutivo o nell'obbligo di permanenza domiciliare.

6.1. *I rapporti tra il reato di clandestinità e quello di ottemperanza all'ordine di esibizione di un documento di identificazione e/o del permesso di soggiorno (art. 6 T.U. imm.)*

La nuova figura di reato ha posto una serie di questioni esegetiche, tra le quali si segnala anche la ridefinizione del perimetro della tipicità del reato previsto dall'art. 6 T.U. imm., imperniato sulla mancata ottemperanza da parte dello straniero all'ordine di esibizione di un documento di identificazione e/o del permesso di soggiorno.

Oggi soggetto attivo del citato reato *ex* art. 6 non può più essere l'extracomunitario irregolare, ma soltanto lo straniero che sia regolarmente soggiornante in Italia. In particolare — dopo l'entrata in vigore della l. 15 luglio 2009, n. 94 — una questione controversa era rappresentata dalla possibilità o meno per lo straniero extracomunitario irregolare di realizzare il reato previsto dall'art. 6 comma 3, T.U. imm., illecito incentrato sulla mancata ottemperanza da parte dello straniero all'ordine di esibizione di un documento di identificazione e/o del permesso di soggiorno.

In precedenza, a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione “Mesky” del 2003⁽³³⁾, si affermava infatti che soggetto attivo del reato può essere sia lo straniero che soggiorna regolarmente in Italia — il quale a scelta può esibire uno dei quattro tipi di documenti — sia lo straniero “irregolare”, che può mostrare il passaporto o un altro documento di identificazione personale. Il reato si configura, pertanto sia se lo straniero, regolare o clandestino, non esibisce almeno uno qualsiasi dei documenti previsti dall'art.

33. Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2003, n. 21, Mesky, in *Cass. pen.*, 2004, p. 776 e segg., con nota di GAMBARDELLA M., *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*.

6 comma 3 T.U. imm., pur essendone in possesso; sia altresì se lo straniero, essendo clandestino, non si sia munito preventivamente del passaporto o di altro documento di identificazione, e dunque non possa mostrarlo in presenza di una richiesta di un agente di pubblica sicurezza.

Alla luce delle modifiche del 2009, sulla scorta di una interpretazione sistematica dell'art. 6, comma 3, T.U. imm., è mutato il novero dei possibili soggetti attivi del reato *de quo*. Ebbene, l'inserimento della incriminazione che sanziona penalmente l'ingresso e il soggiorno illegale dello straniero extracomunitario (art. 10-bis T.U. imm.) e la contemporanea modifica dell'art. 6 comma 3 scindono la coppia dei possibili astratti soggetti attivi: stranieri regolari/irregolari, lasciando esclusivamente nell'ambito della fattispecie tipica gli stranieri regolari; conseguenza prodottasi coll'inserimento della congiunzione copulativa "e" fra le classi di documenti da mostrare. Si è sostituito, invero, nella struttura linguistica della disposizione la congiunzione con valore disgiuntivo "o" con la congiunzione copulativa "e": la quale segnala un indispensabile collegamento tra le diverse classi di documenti da esibire (passaporto/documento di identificazione e permesso di soggiorno/documento attestante la "regolarità").

Gli extracomunitari irregolari non colpiti da un precedente ordine di espulsione ovvero di allontanamento rispondono esclusivamente del reato di cui all'art. 10-bis; per il passato si è verificata una perdita di rilevanza penale della sottofattispecie relativa alla mancata esibizione del documento di identificazione.

In definitiva, attualmente il soggetto attivo del citato reato previsto dall'art. 6 T.U. imm. può essere soltanto lo straniero che sia regolarmente soggiornante in Italia. Il reato non è più applicabile all'extracomunitario irregolare, il quale per definizione non è in possesso del permesso di soggiorno o di altro documento comprovante la regolarità della sua presenza. Altrimenti, qualora si ritenesse che se la mancata esibizione del passaporto integri anche il reato di cui all'art. 10 bis T.U. imm. perché la permanenza illegale si concreterebbe e si dimostrerebbe con il rifiuto di esibire il documento, i reati sarebbero commessi con una sola azione o omissione e perciò in concorso formale ai sensi dell'art. 81 c.p.

6.2. La questione di legittimità costituzionale del reato di clandestinità

Il reato di “clandestinità” presenta profili problematici non solo rispetto alla formulazione della fattispecie astratta, ma anche alla sua dubbia compatibilità con il quadro assiologico costituzionale dettato in materia penale.

La fattispecie di immigrazione clandestina è stata infatti, come accennato, oggetto di una importante pronuncia della Corte costituzionale (sentenza 8 luglio 2010, n. 250)⁽³⁴⁾, che ha dichiarato non fondate le varie questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all’art. 10-bis T.U. imm. dal Tribunale di Pesaro (con ordinanza 31 agosto 2009), dal Tribunale di Trento (in data 25 settembre 2009) e dal Giudice di Pace di Torino (in data 6 ottobre 2009).

In particolare, nelle ordinanze di rimessione si è dedotta la violazione dell’art. 25 comma 2, Cost., in quanto la disposizione censurata sanzionerebbe penalmente una particolare condizione personale e sociale — quella di straniero “clandestino”, derivante dalla mera violazione delle norme che disciplinano l’ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato — e non già la commissione di un fatto (riconducibile alla volontà del soggetto attivo) offensivo di un bene costituzionalmente protetto. Sarebbe pertanto impossibile individuare una “situazione di valore” offendibile e tutelabile, “la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto”⁽³⁵⁾.

Invero, se l’ingresso e la permanenza irregolare possono considerarsi delle condotte commissive od omissive ed in quanto tali possono soddisfare quel *minimum* richiesto dal principio di materialità⁽³⁶⁾, lo stesso discorso non può essere fatto rispetto all’offensività, attesa l’assoluta l’impossibilità di riscontrare nella fattispecie descritta una condotta idonea a ledere o porre in pericolo beni giuridici meritevoli di tutela.

34. Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, Pres. Amirante e Rel. Frigo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1349, con commento di MASERA L., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*.

35. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 175.

36. CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, 1, pp. 32-33.

Non è, dunque, un caso se numerosi studiosi hanno definito l'art. 10-bis T.U. imm. un vero e proprio "reato di mera disobbedienza", modello molto prossimo all'idea di una "colpevolezza d'autore" (37), in contrasto con quella che oggi è la funzione pacificamente riconosciuta al diritto penale. "Con l'introduzione del reato di immigrazione clandestina, infatti, non si punisce — come nel diritto penale classico — un fatto ma una condizione personale: è, secondo una acuta definizione «il migrante che diventa reato»" (38).

Per la Corte costituzionale, invece, il dedotto *vulnus*, in riferimento ai principi di materialità ed offensività, non è riscontrabile. Contrariamente a quanto sostiene il giudice rimettente, non si può infatti ritenere che l'art. 10-bis T.U. imm., introducendo nell'ordinamento la contravvenzione di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato", penalizzi una mera "condizione personale e sociale" — quella, cioè, di straniero "clandestino" (o, più propriamente, "irregolare") — della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto dell'incriminazione non sarebbe un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo delle norme vigenti in materia di controllo dei flussi migratori. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative "*fare ingresso*" e "*trattenersi*" nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all'art. 1, l. 28 maggio 2007, n. 68: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza).

37. A proposito della "colpevolezza d'autore", frequente è la distinzione tra "colpevolezza per il carattere" e "colpevolezza" per lo stile di vita. "In particolare, la teoria della 'colpevolezza per il carattere' pretende che all'agente si possa muovere l'addebito di non aver frenato in tempo le pulsioni antisociali, in modo da formarsi un carattere meno malvagio e meno propenso a delinquere. La teoria della 'colpevolezza per la condotta di vita', dal canto suo, pretende di incentrare il giudizio di disapprovazione sullo stesso modello o stile di vita e sulle scelte esistenziali del reo, che starebbero all'origine della sua inclinazione al delitto" (FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 316.).

38. PEPINO L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, p. 15.

Prosegue, poi, la Corte asserendo che 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, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall’aver commesso i reati stessi). Né può condividersi, per altro verso, l’assunto in forza del quale si sarebbe di fronte ad un illecito “di mera disobbedienza”, non offensivo — anche solo nella forma della messa in pericolo — di alcun bene giuridico meritevole di tutela: illecito la cui repressione darebbe vita ad una ipotesi di “diritto penale d’autore”, al di sotto della quale si radicherebbe l’intento di penalizzare, ex se, situazioni di povertà ed emarginazione (e ciò similmente a quanto si verificava, in passato, mediante la fattispecie contravvenzionale — dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 519 del 1995 — della cosiddetta mendicizia non invasiva, di cui all’art. 670, comma 1, c.p.)⁽³⁹⁾. Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice sarebbe, in realtà, agevolmente identificabile nell’interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori. Si tratterebbe di un vero e proprio oggetto giuridico “di categoria”, comune a buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998, il quale può senz’altro essere offeso dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero.

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”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale — specie contravvenzionale — accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscri-

39. La Corte Costituzionale, con la sentenza 28 dicembre 1995, n. 519, in *Foro it.*, 1996, I, col. 1148, aveva dichiarato incostituzionale il comma 1 dell’art. 670 c.p., che puniva la mendicizia non invasiva, la quale si risolveva nella semplice richiesta di aiuto. L’intero articolo è stato successivamente abrogato dalla l. 25 giugno 1999, n. 205 (art. 18, comma 1).

minato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro), caratteristica, questa, che, nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario.

Inoltre, per la Corte costituzionale la scelta operata dal legislatore italiano con la novella del 2009 è tutt'altro che isolata nel panorama internazionale: "l'analisi comparatistica rivela, difatti, come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, siano presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)".

In realtà sembra maggiormente condivisibile, e certamente più conforme ai principi fondamentali della nostra Carta fondamentale, l'opinione di quanti ritengono che il controllo e la gestione dei flussi migratori "non costituiscono un bene giuridico meritevole di tutela penale. Essi piuttosto identificano la *ratio* sottesa all'intera disciplina amministrativa dell'immigrazione e non un bene giuridico, né finale né strumentale.

Bene giuridico è l'oggetto che si vuol tutelare attraverso le regole, non l'insieme delle 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⁽⁴⁰⁾.

Nonostante il diverso avviso della Corte costituzionale, infatti, non può condividersi l'assunto per il quale il bene giuridico di riferimento dell'art. 10-bis T.U. imm. è rappresentato dall'interesse dello Stato alla gestione dei flussi migratori, né si riesce a negare il forte *deficit* di offensività che caratterizza la norma, con tutte le sue ricadute negative rispetto al finalismo (tendenzialmente) rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost.⁽⁴¹⁾.

40. CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 32.

41. RUGGIERO C., *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 2, p. 145.

Un ulteriore, ma non meno rilevante, profilo di incostituzionalità dell'art. 10-bis T.U. imm. riguarda, infine, il contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. Difatti, il connotato dell'indiscutibile dannosità sociale che dovrebbe caratterizzare ogni fattispecie penale "costituisce la condizione indispensabile, perché, da un lato la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto e, d'altro canto, il singolo possa legittimamente, nonché, eventualmente con proficuità essere avviato al recupero sociale"⁴². Pertanto, la carenza di offensività che contraddistingue la contravvenzione in esame sembra porre ostacoli tutt'altro che irrilevanti alla piena soddisfazione di quelle esigenze di prevenzione generale e speciale positiva oggi ricollegate alla sanzione penale.

Discorso in parte analogo concerne, poi, la misura sostitutiva dell'espulsione che, disponendo l'allontanamento del migrante dal territorio nazionale, rende difficilmente comprensibili le modalità di realizzazione del finalismo (tendenzialmente) rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

Anche su quest'ultimo punto, tuttavia, la Consulta, per porsi al riparo da eventuali censure di incostituzionalità, ha trovato una comoda via d'uscita sostenendo la natura interamente amministrativa della sanzione in parola (⁴³).

6.3. *Le possibili interferenze tra procedimento penale ed amministrativo a carico del migrante irregolare*

Merita, inoltre, di essere evidenziato un ulteriore punto debole della vigente disciplina in materia di immigrazione, derivante dalle possibili interferenze tra procedimento penale ed amministrativo a carico del migrante irregolare.

Quando lo straniero viene sorpreso in condizione di "clandestinità", parallelamente alla denuncia per il reato di cui all'art. 10-bis T.U. imm., di norma deve essere obbligatoriamente espulso in via amministrativa dal Prefetto. Pertanto, dal momento dell'accertamento dell'irregolarità, si configurano a suo carico due procedimenti paralle-

42. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 174.

43. Cfr. Corte Cost., ordinanza 14 luglio 1999, n. 369.

li, entrambi volti all'allontanamento dal territorio nazionale: quello penale e quello amministrativo.

Orbene, se nelle more dello svolgimento del processo penale l'Amministrazione esegue l'espulsione coattivamente, il giudice, ai sensi dell'art. 10-bis, co. 5, T.U. imm., pronuncia sentenza di non luogo a procedere. In caso contrario, il processo penale prosegue e, laddove si pervenga ad una pronuncia di condanna, si irrognerà la pena pecuniaria dell'ammenda, sostituibile con l'espulsione.

Si viene, così, a determinare un meccanismo farraginoso a fronte del quale "lo straniero [...] fa collezione di espulsioni: quella amministrativa del Prefetto e quella del Giudice di pace, con enorme dispendio di risorse e denaro pubblico" (44). È evidente, dunque, come la repressione penale dell'immigrazione irregolare giri ormai a vuoto, "inserendosi in modo del tutto inefficace, simbolico e stigmatizzante — e, dunque, costituzionalmente illegittimo — in un sistema sanzionatorio amministrativo che, a sua volta, si avvita su se stesso" (45).

6.4. *La compatibilità tra la Direttiva rimpatri ed il reato di clandestinità. La mancata depenalizzazione dell'art. 10 bis T.U. imm.*

Ritornando all'originaria questione della compatibilità tra la Direttiva 2008/115/CE ed il reato di clandestinità, punto di partenza è il principio generale — ricavabile dalla lettura congiunta delle sentenze della Corte di Giustizia UE sui casi *El Didri* e *Achugbaban* (le quali hanno dichiarato l'incompatibilità con la Direttiva rimpatri, rispettivamente, del delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter, T.U. imm., e del reato di clandestinità previsto dall'ordinamento francese) — secondo il quale gli Stati membri sono liberi di utilizzare il diritto penale come strumento di contrasto all'immigrazione irregolare, eventualmente configurando come reato anche la stessa clandestinità; ciò, tuttavia, a condizione che non venga pregiudicato il duplice obiettivo di un rimpatrio efficace e rispettoso dei diritti fondamentali della persona.

Né d'altra parte, ha precisato la Corte a chiare lettere nella sentenza sul caso *Achugbaban*, il legislatore nazionale potrebbe invocare in

44. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., p. 4.

45. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., p. 38.

questi casi la facoltà concessagli dall'art. 2 della Direttiva rimpatri, secondo il quale «gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente Direttiva ai cittadini di paesi terzi . . . b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale . . .»: infatti, l'unica interpretazione di tale disposizione che consente di non vanificare l'obbligo degli Stati membri di adeguarsi alla Direttiva stessa, è quella secondo cui il rimpatrio deve essere costituito dalla sanzione penale, o la conseguenza di una sanzione penale, di fattispecie *diverse* dal mero ingresso o soggiorno irregolare ⁽⁴⁶⁾.

Ebbene, vi sono due profili relativi alla disciplina del reato di clandestinità di cui all'art. 10-*bis* T.U. imm. che potrebbero risultare in conflitto con gli obiettivi perseguiti dalla direttiva: da un lato la previsione secondo cui, in caso di insolvibilità del condannato, la pena pecuniaria è sostituibile con la permanenza domiciliare ⁽⁴⁷⁾, ossia con una sanzione limitativa della libertà personale, come tale suscettibile di ritardare il procedimento di espulsione, e dunque di frustrare l'obiettivo di un rimpatrio efficace (analogamente a quanto riscontrato dalla sentenza sul caso El Dridi con riferimento alla pena detentiva precedentemente prevista dall'art. 14, comma 5-*ter*); dall'altro lato, la circostanza che l'espulsione di cui all'art. 16 T.U. imm., che il Giudice di Pace può disporre quale misura sostitutiva della pena pecuniaria ⁽⁴⁸⁾, venga eseguita attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera (ai sensi dell'art. 13, comma 4, T.U. imm.), dunque senza rispettare la regola della concessione di un termine per la partenza volontaria, nonché il principio di gradualità delle misure coercitive, previsto dalla Direttiva a tutela dei diritti fondamentali del migrante.

Entrambi gli evidenziati profili — in base ai quali alcuni giudici hanno già provveduto a *disapplicare* il reato di clandestinità ⁽⁴⁹⁾ — sono

46. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 dicembre 2011, con annotazione di MASERA; si vedano anche i commenti alla pronuncia di 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*, *ibidem*, 26 gennaio 2012; LA ROSA M., *Diritto penale e immigrazione in Francia: cui prodest?*, *ibidem*, 1 febbraio 2012; RAFFAELLI, R., *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, *ibidem*, 2 febbraio 2012.

47. Ai sensi dell'art. 55, comma 5, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

48. *Ex art. 62-bis*, d.lgs. n. 274/2000.

49. Si vedano, ad esempio, Giudice di pace, Roma, 16.6.2011, giudice Chiassai, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2011; Trib. Rovigo, sez. distaccata di Adria, ord.

stati (alla base ed) oggetto del rinvio pregiudiziale di conformità alla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁽⁵⁰⁾ (introdotto dall'ordinanza della Corte di Appello di Trento del 2 febbraio 2011), che ha portato alla pronuncia della sentenza sul caso El Dridi, e sarà pertanto necessario sciogliere anche questo ulteriore nodo relativo alla compatibilità tra il diritto dell'Unione europea ed il diritto penale dell'immigrazione⁽⁵¹⁾.

Tali rilievi critici generano forti perplessità in ordine alla scelta dell'esecutivo di non procedere alla depenalizzazione del reato di clandestinità. Con i decreti legislativi numeri 7 e 8 del 15 gennaio 2016, infatti, è stata data attuazione all'art. 2, commi 2 e 3, della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, per la riforma del sistema sanzionatorio penale. Come noto, il Governo, esercitando il mandato conferitogli dal Parla-

15 luglio 2011, giudice Miazzi, in www.penalecontemporaneo.it, 19.7.2011; Giudice di Pace, Lecce, ord. 22 settembre 2011, giudice Rochira, *ibidem*, 6 febbraio 2012.

50. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 marzo 2011, II/II050, con nota di VIGANÒ F., MASERA L., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 10, p. 562.

51. Il rinvio pregiudiziale (ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) alla Corte di giustizia dell'Unione europea viene provocato con ordinanza del giudice nazionale (ivi compresa la stessa Corte Costituzionale, in rottura con la sua stessa posizione tenuta nel passato, quando la Corte Costituzionale ha negato di essere giudice nazionale, richiedendo al giudice ordinario di svolgere l'istruttoria necessaria, pena la inammissibilità del caso, a chiedere o meno l'investitura della Corte di Giustizia Europea), con la quale si solleva una questione interpretativa su una norma comunitaria.

Il Giudice nazionale è tenuto ad interpretare ed applicare la norma comunitaria, che è fonte del diritto; tuttavia, ove sorgessero questioni di conflitto con una norma interna, il giudice è tenuto a non applicare a quel caso specifico la stessa norma interna, e se vi fossero dubbi sull'interpretazione della norma comunitaria può risolverli interpretando la norma comunitaria (mai disapplicandola) o può sollevare la questione pregiudiziale sull'interpretazione della stessa davanti alla Corte di Giustizia. Nel caso in cui il giudice in questione sia un giudice di ultima istanza, salvo casi particolari, la facoltà di rinvio pregiudiziale diviene un obbligo, volto ad evitare un consolidamento nella giurisprudenza di una interpretazione che, non passata al vaglio della Corte di Giustizia, sia erronea.

In sostanza si tratta di una ulteriore applicazione del principio del primato del diritto comunitario per il quale la giurisprudenza comunitaria ha costantemente affermato che "il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di dare al singolo la tutela che quel diritto gli attribuisce, disapplicando di conseguenza la norma interna confliggente, sia anteriore che successiva a quella comunitaria": si vedano, in tal senso, Corte di Giustizia della Comunità europea 8 aprile 1976 e Corte cost. 18 aprile 1991 n. 168.

Il rinvio pregiudiziale costituisce una fase del procedimento giurisdizionale degli Stati membri e riguarda solamente il diritto originario dell'Unione, rimanendone esclusa la materia di politica estera e di sicurezza comune. La decisione della Corte, tramite una sentenza giuridicamente vincolante, è l'interpretazione ufficiale della questione e come tale vale per tutti gli Stati membri.

mento, con il primo provvedimento ha abrogato numerose fattispecie penali, trasformandole in illeciti civili per i quali è prevista, oltre al risarcimento del danno, l'applicazione di una sanzione pecuniaria civile devoluta alla Cassa delle ammende⁽⁵²⁾; con il secondo, invece, ha “derubricato” molte figure di reato a meri illeciti amministrativi⁽⁵³⁾. Facendo particolare riferimento all'ampia opera di depenalizzazione realizzata con il d.lgs. n. 8/2016, preme in questa sede evidenziare l'esclusione dallo spettro applicativo di tale intervento normativo di alcuni reati, tra i quali è stato discutibilmente ricompreso, appunto, anche quello di “Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato” di cui all'art. 10-bis T.U. imm. Sul punto giova rammentare come l'art. 2, comma 3, lett. b) della Legge delega sopra ricordata avesse disposto l'abrogazione e la trasformazione di questa fattispecie in illecito amministrativo, “conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia”.

In sostanza, in base a quanto stabilito dalla legge delega n. 67/2014, doveva essere depenalizzato soltanto il primo ingresso irregolare nel territorio dello Stato, previsione che tuttavia avrebbe mantenuto un peso amministrativo con l'esplicita possibilità di ricorrere alla sanzione dell'espulsione. Al contrario, avrebbero conservato rilievo penale le altre figure di reato previste nel d.lg. n. 286/1998 (T.U. imm.), legate per lo più all'inosservanza dei provvedimenti amministrativi adottati in materia⁽⁵⁴⁾.

52. Rientrano in questo gruppo le fattispecie di falsità in scrittura privata e fogli firmati in bianco (artt. 485 e 486 c.p.); l'ingiuria (art. 594 c.p.); la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.); le c.d. “appropriazioni indebite minori” (art. 647 c.p.); il danneggiamento non aggravato (art. 635 comma 1 c.p.).

53. La depenalizzazione, invece ha riguardato tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria (con importanti eccezioni tassativamente indicate), nonché alcune fattispecie previste dal codice penale e già punite con pene detentive sole, congiunte o alternative a pene pecuniarie, tra le quali: il delitto di atti osceni (art. 527, comma 1, c.p.); le pubblicazioni e gli spettacoli osceni (art. 528, commi 1 e 2, c.p.); il rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto (art. 652 c.p.); l'abuso della credulità popolare (art. 661 c.p.); le rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive (art. 668 c.p.). La “derubricazione” di cui al d.lgs. n. 8/2016, infine, ha investito anche una pluralità di reati previsti da leggi speciali (tra i quali, ad esempio, l'omesso versamento delle ritenute previdenziali per importi inferiori a 10.000 euro ex art. 2, comma 1-bis, d.l. n. 463/1983).

54. Tra queste ritroviamo: la violazione delle misure disposte dal questore in caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5.2, T.U. imm.); la trasgressione del divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, co. 13 e 13-bis, T.U. imm.); l'infrazione delle misure disposte dal

Se queste erano le chiare indicazioni provenienti dal Parlamento, resta davvero poco comprensibile l'orientamento del Governo di non esercitare la delega rispetto alla contravvenzione in discorso. Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa del d.lg. n. 8/2016, "le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame: per tali materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito".

È evidente, dunque, come la decisione del Governo sia stata dettata prevalentemente dal timore di incontrare lo sfavore dell'opinione pubblica, con pericolose ricadute in termini di perdita di consenso elettorale⁽⁵⁵⁾. Si tratta di una presa di posizione certamente poco condivisibile laddove si consideri il suo aperto contrasto non solo con le scelte politico-criminali effettuate a monte dall'organo parlamentare (di certo dotato di maggior rappresentatività rispetto all'esecutivo), ma anche con le spinte riformistiche che sempre più frequentemente provengono dalla società civile, dagli operatori del diritto e dal mondo scientifico⁽⁵⁶⁾.

Appare ormai concorde per l'abrogazione del reato *de quo* anche la Procura nazionale antimafia, la quale di recente ha evidenziato

questore in alternativa al trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (art. 14, co. 1-bis, T.U. imm.); l'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore (disposto ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter e 5-quater, T.U. imm.). Cfr. GAMBARDILLA M., *Una depenalizzazione a due marce*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di DANIELE M., PAULESU P.P., Torino, 2015, p. 32.

55. Così, condivisibilmente, RUGGIERO C., *La depenalizzazione*, cit., p. 136.

56. Cfr. CAPUTO A., *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 389 e segg.; FERRAJOLI L., *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, p. II, in cui l'Autore sottolinea come "il secondo pacchetto sicurezza costituisca la prima volta nel nostro Paese in cui si riproducono, sia pure in forma ovviamente diversa, delle leggi che a ragione possono definirsi razziali"; PEPINO L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, p. 15 ss.; MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. Pen.*, 2011, 2, p. 446 ss.; MASERA L., *Terra bruciata attorno al clandestino tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in AA.VV., *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di MAZZA O., VIGANÒ F., Torino, 2010, p. 27 e segg.; CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, 1, p. 17 segg.; GATTA G.L., *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 189 e segg.

come la contravvenzione in questione ostacoli le indagini volte all' accertamento della responsabilità penale dei trafficanti di esseri umani che gestiscono gli sbarchi sul territorio nazionale ⁽⁵⁷⁾. La questione riguarda in particolare le regole da seguire per raccogliere le dichiarazioni dei migranti, che possono essere fondamentali per ricostruire le reti dei trafficanti, a seconda se i migranti debbano essere esaminati come indagati di immigrazione clandestina, quindi con le necessarie garanzie difensive, oppure se devono essere considerate mere persone informate sui fatti, se non addirittura delle vittime di tratta. È evidente che questo profilo giuridico è estremamente delicato, perché il differente trattamento può determinare conseguenze per l'uso delle dichiarazioni rese dai migranti, che sono fondamentali per ricostruire le reti del traffico. Non v'è dubbio che è molto più utile per le indagini e per accertare la responsabilità di soggetti colpevoli di traffico organizzato di migranti poter esaminare i clandestini solo come persone informate sui fatti, con riflessi positivi sulla speditezza, efficacia e legittimità delle indagini contro i trafficanti. Un immigrato se viene sentito come imputato può tacere trincerandosi dietro la facoltà di non rispondere o peggio depistare le indagini. Mentre, se è sentito come persona informata sui fatti, è obbligato a parlare e a dire la verità. Inoltre, evitando di sentire il migrante come imputato lo Stato risparmia, perché non ci sono i costi del difensore d'ufficio nelle fasi delle audizioni e fino alla conclusione del processo.

57. Cfr. MILELLA L., *Franco Roberti: il reato di immigrazione clandestina? Legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti*, in *www.repubblica.it*, 8 gennaio 2016. Secondo il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo l'eventuale pena irrogata non viene quasi mai eseguita perché ovviamente il migrante non ha la possibilità di pagare. Sarebbe più utile, dopo aver trasformato l'immigrazione clandestina in un illecito amministrativo, conservare il rilievo penale solo per chi viola gli eventuali provvedimenti amministrativi di espulsione. Tenendo conto che spesso, in un secondo momento, ai migranti può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato. Inoltre il Procuratore sottolinea che, sul piano della giurisprudenza, non si è raggiunta una valutazione uniforme perché in certi casi è stata invocata, per escludere il reato, la discriminante dello stato di necessità di raggiungere la costa per salvarsi la vita. Ma in altri si è ritenuto che il solo fatto di mettersi in viaggio senza autorizzazioni integrasse il reato. In altri ancora è stato escluso il reato sul presupposto che l'ingresso del migrante in Italia sarebbe avvenuto a opera dei soccorritori, mentre la sua condotta illegale si doveva considerare terminata fuori dalle acque territoriali e quindi non punibile.

7. L'impatto della Direttiva rimpatri su altre figure di reato

A ben vedere, peraltro, è lecito sospettare che analoghi profili di incompatibilità con la Direttiva rimpatri possano riguardare ancora altre figure di reato vigenti nel nostro ordinamento e lo stesso sistema sanzionatorio.

Sotto quest'ultimo aspetto, la conversione della pena pecuniaria (multa da 3.000 a 18.000 euro) in permanenza domiciliare riguarda anche lo straniero insolvente condannato per i reati di cui all'art. 13, comma 5.2, T. U. imm. (violazione senza giustificato motivo delle misure coercitive disposte dal Questore in caso di concessione del termine per la partenza volontaria), all'art. 14, comma 1-bis (violazione delle misure coercitive disposte dal Questore in alternativa alla sanzione amministrativa del trattenimento nei Centri di permanenza per i rimpatri) ed all'art. 14, commi 5-ter e quater, T.U. imm. (inottemperanza agli ordini di allontanamento emessi dal Questore).

Anche questi delitti, pertanto, si candidano ad essere censurati per incompatibilità con l'obiettivo del rimpatrio efficace fissato dalla Direttiva 2008/115/CE.

In secondo luogo, l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva di cui all'art. 16 T.U. imm. risulta applicabile anche ai reati di inottemperanza agli ordini di allontanamento emessi dal Questore puniti dall'art. 14, commi 5-ter e quater, T.U. imm.: questi ultimi, pertanto, sembrerebbero violare la Direttiva anche dal punto di vista delle garanzie minime offerte agli stranieri oggetto di rimpatrio.

8. Occupazione di stranieri irregolari e favoreggiamento della permanenza illegale

Prima delle modifiche introdotte dal d.lg. n. 109/2012, la giurisprudenza dominante individuava il discrimine tra il delitto di cui all'art. 22, comma 12, T.U. imm (che, come visto, incrimina la condotta del datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze stranieri irregolari), e quello di cui all'art. 12, comma 5, T.U. imm. (che invece sanziona, con pene più severe, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità, favorisce la permanenza illegale di stranieri nel territorio italiano), nel dolo specifico di ingiusto profitto, elemen-

to essenziale soltanto della seconda e più grave fattispecie ⁽⁵⁸⁾. Per la sussistenza di tale elemento soggettivo, non era considerata sufficiente la finalità di conseguire i tipici risparmi legati all'impiego di manodopera "in nero" (in particolare sul piano fiscale e previdenziale), finalità verosimilmente propria anche dell'autore del delitto di cui all'art. 22, comma 12, T.U. imm.; occorre, piuttosto, l'intento di sfruttare a proprio vantaggio la condizione di debolezza contrattuale connessa allo status di clandestino, imponendo ai lavoratori *condizioni gravose e discriminatorie*, ovvero impiegandoli in *attività illecite*.

Ora che il legislatore, come già asserito, ha introdotto nell'art. 22 T.U. imm. le aggravanti speciali di cui al comma 12-bis, lett. a), b) e c), i confini tra le due figure di reato appaiono senz'altro mutati. Il punto di partenza per inquadrarli correttamente è la clausola di riserva che costituisce l'*incipit* dell'art. 12, comma 5, T.U. imm., ai sensi della quale il delitto di favoreggiamento della permanenza illegale si applica «salvo che il fatto costituisca più grave reato». Ebbene, mentre *prima della novella* introdotta dal d.lgs. n. 109/2012 non vi erano dubbi quanto al fatto che il delitto *ex art. 12, comma 5*, fosse *più grave di* (e dunque *destinato a prevalere su*) quello *ex art. 22, comma 12*; altrettanto non si può dire — o comunque *non lo si può dire con la stessa sicurezza* — dopo l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 22, comma 12-bis. In particolare, pare lecito interrogarsi in merito a quale sia la fattispecie corretta da applicare nel caso in cui, *pur sussistendo il dolo specifico* di cui all'art. 12, comma 5, *ricorrono altresì gli estremi di una (o più) delle citate aggravanti speciali* di cui al comma 12-bis dell'art. 22.

In tali ipotesi, infatti, mentre la pena detentiva massima per il favoreggiamento risulta pari a quattro anni di reclusione (fattispecie base di cui all'art. 12, comma 5), quella applicabile ai sensi dell'art. 22 può raggiungere i quattro anni e mezzo di reclusione (pena base di tre anni *ex art. 22, comma 12*, aumentata fino alla metà per effetto dell'aggravante *ex comma 12-bis*): ragionando in questi termini si dovrebbe assegnare l'etichetta di "reato di più grave" (e dunque prevalente) a quello di cui all'art. 22, comma 12, T.U. imm.

58. Per la disamina di tali questioni, si rinvia a ZIRULIA S., *Art. 12 T.U. imm.*, in DOLCINI, E., MARINUCCI, G., a cura di, *Codice Penale Commentato*, III ed., 2011, vol. III, *Immigrazione*, p. 7705 e segg.

Peraltro, i rapporti tra le due norme incriminatrici potrebbero tornare ad invertirsi in presenza di fatti commessi da due o più persone ovvero nei confronti di più di cinque stranieri. Tali situazioni, infatti, fanno scattare l'aggravante speciale di cui all'art. 12, comma 5, ultimo periodo, la quale, comportando un aumento delle pene da un terzo alla metà, eleva nuovamente il delitto di favoreggiamento della permanenza illegale a fattispecie più grave, con conseguente inoperatività della clausola di riserva. Non è certo questa la sede per addentrarsi nella spinosa e dibattuta questione relativa ai criteri per individuare, nel confronto tra due o più figure di reato, quella più grave; ed in particolare per affrontare il quesito se le circostanze aggravanti possano o meno entrare in gioco ai fini di tali valutazioni. Pare però utile segnalare, in conclusione, come gli attuali rapporti tra gli artt. 12, comma 5, e 22, comma 12 e 12-bis, T.U. imm. appaiano quanto mai fumosi e incerti.

Riferimenti bibliografici

- ALIOTO C.N., *L'espulsione dello straniero dallo Stato*, in *Rivista di Polizia*, Roma, 2017, IV-V, pp. 403-422.
- AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, 2002.
- AA.VV., *Stranieri irregolari e diritto penale*, (a cura di) Degli Innocenti L., Milano, 2008.
- BELLAGAMBA G., CARITI G., *La disciplina dell'immigrazione, Commento articolo per articolo al Testo unico*, Milano, 2005.
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto*, 2009, 34, pp. 29-31.
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *I reati in materia di immigrazione clandestina (Pacchetto Sicurezza)*, in *Il Penalista, Officina del diritto*, Milano, 2009, pp. 51-66.
- CALLAIOLI A., *Immigrazione*, in "Leggi penali complementari", (a cura di) Padovani T., Milano, 2007.
- CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.
- CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, I, p. 32 e segg.

- CHERCHI R., *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, p. 51 e segg.
- 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*, www.penalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2012.
- GAMBARDELLA M., *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, nota a Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2003, n. 21, in *Cass. pen.*, 2004, p. 776 e segg.
- GAMBARDELLA M., *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 dicembre 2010.
- GAMBARDELLA M., *Il nuovo reato di immigrazione clandestina e il diritto penale d'autore*, in www.diritto.it, 15 dicembre 2011, 1-12.
- GAMBARDELLA M., *Una depenalizzazione a due marce*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele — P.P. Paulesu, Torino, 2015.
- GATTA G.L., *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1327.
- GATTA G.L., *Il "reato di clandestinità" (art. 10 bis T.U. imm.) e la "direttiva rimpatri"*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.2.2012.
- LA ROSA M., *Diritto penale e immigrazione in Francia: cui prodest?*, www.penalecontemporaneo.it, 1 febbraio 2012.
- MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2001, 2, p. 450.
- MASERA L., *Il "nuovo" art. 14 co. 5 ter d.lg. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2011.
- MASERA L., *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 T.U. imm.*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 ottobre 2011.
- MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 244 e segg.
- MASERA L., *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 settembre 2012.

- MASERA L., *Ridotto da 18 mesi a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un C.I.E.: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?* in www.penalecontemporaneo.it, 10 novembre 2014.
- MAZZA L., *La repressione penale delle immigrazioni clandestine di lavoratori extracomunitari*, in *Rivista trimestrale della Scuola di perfezionamento per le Forze di Polizia*, Roma, aprile-settembre 1988, pp. 31-39.
- MAZZANTI M., *Espulsione dello Straniero*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, 1966, p. 914.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011.
- MOCCIA S., *Vite da scarto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2014, II-III, p. 12 e segg.
- NATALE A., *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2011.
- PEPINO L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, p. 15.
- PUGGIOTTO A., *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, III, p. 573 e segg.
- RAFFAELLI, R., *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2012.
- RUGGIERO C., *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, 2, p. 145.
- SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni dopo la legge 129/2011*, in www.meltingpot.org.
- SAVIO G., *Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà*, in www.asgi.it, 11 gennaio 2016, 2.
- SIRACUSA S., *Diritto penale dell'immigrazione. Profili socio/criminologici del rapporto tra devianza e difesa sociale*, in *Rivista di Polizia*, Roma, 2017, XI-XII, pp. 1241-1256.
- VIGANÒ F., *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, co. 5-ter, T.U. imm.*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2011.

ZIRULIA S., *Art. 12 T.U. imm.*, in Dolcini, E., Marinucci, G., a cura di, *Codice Penale Commentato*, III ed., 2011, vol. III, *Immigrazione*, p. 7705 e segg.

ZIRULIA S., *Stranieri. Recenti sviluppi nel diritto penale dell'immigrazione*, *Libro dell'anno del diritto 2013*, in www.treccani.it/enciclopedia, 2.