

IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA

ENRICO LANZA*

1. Introduzione

Una delle caratteristiche essenziali della normativa italiana sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero è stata sempre quella di non attribuire rilevanza penale alla situazione di mera clandestinità o irregolarità dell'allogeno presente nel territorio dello Stato. Per motivazioni non soltanto ideologiche, legate anche alla cultura della solidarietà sociale, ma altresì pratiche, visto il dispendio economico ed organizzativo che sarebbe derivato da una scelta diversa, la presenza illegale dello straniero, entrato in violazione delle norme di legge sul territorio dello Stato o qui trattenutosi, pur dopo un ingresso legale, in modo irregolare, ha determinato per tanto tempo l'applicazione della sola sanzione amministrativa dell'espulsione¹.

Da più parti, però, da un certo periodo di tempo, era stata profilata la possibilità di introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice che avesse, innanzitutto, efficacia dissuasiva e si ponesse ad argine degli afflussi incontrollati di extracomunitari, nella convinzione della particolare forza intimidatrice del precetto penale.

Dopo molteplici vicissitudini parlamentari, che hanno coinvolto le ultime legislature, sul tema della opportunità di criminalizzare la condizione di clandestinità e di irregolarità, con la legge 15 luglio

* Ricercatore di Diritto penale nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Catania.

¹ Occorre ribadire che i termini "clandestino" e "irregolare", utilizzati normalmente in modo promiscuo, sottendono a situazioni differenti. Il "clandestino" è colui che entra illegalmente nel territorio nazionale, per esempio sottraendosi ai controlli previsti ai confini dello Stato o presentando alla polizia di frontiera documenti falsi. L'"irregolare" è colui che, dopo avere fatto ingresso legale nel territorio nazionale, ha perso i titoli che rendevano legittima la sua presenza, per esempio per non avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto o per essere questo scaduto di validità.

2009 n. 94 – il c.d. pacchetto sicurezza² – questo passo è stato alla

² Le più importanti novità apportate con il pacchetto sicurezza del 2009 sono le seguenti: l'interpretazione autentica della circostanza aggravante comune dell'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale, contenuta nel numero 11-*bis* dell'art. 61 c.p., inserito con la riforma sulla sicurezza del 2008, nel senso che la disposizione ivi contenuta va riferita esclusivamente ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi e non anche ai cittadini comunitari; l'abrogazione del secondo comma dell'art. 235 c.p., relativo all'espulsione e all'allontanamento dello straniero dallo Stato come misura di sicurezza, e dell'omologa previsione contenuta nel secondo periodo del primo comma dell'art. 312 c.p. e il contestuale inserimento nelle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale degli artt. 183-*bis* e 183-*ter*, relativi, rispettivamente, all'esecuzione della misura di sicurezza dell'espulsione dell'extracomunitario e all'esecuzione della misura di sicurezza dell'allontanamento del cittadino dell'Unione europea; l'estensione della modifica del delitto di associazione per delinquere, realizzata con la legge n. 228 del 2003, ai casi previsti nel comma 3-*bis* dell'art. 12 del testo unico sull'immigrazione; la riformulazione del primo periodo del comma 5-*bis* dell'art. 12 t.u., relativo al reato di cessione di immobile allo straniero clandestino o irregolare; l'introduzione del reato di immigrazione clandestina; l'adeguamento della disciplina dell'espulsione come sanzione sostitutiva all'introduzione del reato di immigrazione clandestina; le modifiche in tema di competenza penale del giudice di pace; la previsione del versamento di un contributo in danaro per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno; la modifica del reato di mancata esibizione del documento di identificazione del terzo comma dell'art. 6 t.u.; la previsione del superamento di un test di conoscenza della lingua italiana per il rilascio del permesso di soggiorno CE di lungo periodo; l'estensione del periodo massimo di trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione a centottanta giorni; la modifica delle fattispecie legate alla violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, dei commi 5-*bis* e seguenti dell'art. 14 t.u.; l'istituzione di un fondo rimpatri, finalizzato a finanziare le spese per il rimpatrio degli stranieri verso i Paesi di origine o di provenienza; la restrizione del divieto di espulsione agli stranieri conviventi con parenti entro il secondo – e non più il quarto – grado di nazionalità italiana; la definizione dell'accordo di integrazione; le modifiche in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; la creazione della fattispecie di *Impiego di minori nell'accattonaggio*, con la contestuale abrogazione dell'art. 671 c.p., nonché l'introduzione di alcune pene accessorie e della circostanza attenuante della collaborazione con l'autorità per i reati in materia di schiavitù.

Sul pacchetto sicurezza del 2009 P. BONETTI, *Le norme in materia di stranieri del disegno di legge sulla sicurezza pubblica all'esame dell'Assemblea della Camera dei Deputati (A.C. 2180-A). Analisi e commento a prima lettura*, in www.asgi.it del 2 maggio 2009; A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 7, pp. 709 e ss.; T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 15 agosto 2009, n. 33, pp. 14 e ss.; P. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 1, pp. 5 e ss.; P. SCOGNAMIGLIO, *Il Nuovo Pacchetto Sicurezza. Commento organico alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, Simone, Napoli, 2009.

Sul reato di immigrazione clandestina in particolare, oltre alla dottrina appena citata, vd. A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali. (Una guida alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 1, p. 86; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, n. 1, pp. 101 e ss.; G. L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 11, pp. 1323 e ss.; C. F. GROSSO, *Una svolta che non aiuta la giustizia*, in *La Stampa*, 3 luglio 2009; M. MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, in www.penale.it del 30 agosto 2009;

fine compiuto³.

Nel corpo del decreto legislativo n. 286 del 1998, il c.d. testo unico sull'immigrazione, è stato inserito l'art. 10-bis, dedicato, appunto, all'*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*⁴, sulla cui ragionevolezza sono stati profilati da subito, sia da parte

V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, del 19 maggio 2009, p. 1; V. ONIDA, *Criminalizzare? È inutile*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 luglio 2009; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 5 e ss.

³ Erano stati molti i progetti di legge in cui si era prevista l'introduzione del reato di immigrazione clandestina, mai giunti all'approvazione finale da parte del Parlamento. Un tentativo di maggior consistenza era stato realizzato con il primo decreto Conso, n. 107 del 1993, mai convertito in legge, in cui, al terzo comma dell'art. 8, era disciplinata una forma di criminalizzazione della clandestinità. In quell'atto normativo era previsto l'inserimento, nella legge Martelli, dell'art. 7-bis, secondo cui «1. Lo straniero che si sottrae volontariamente ai controlli di frontiera o ai provvedimenti di respingimento alla frontiera o di espulsione, ovvero che, essendo stato espulso dal territorio nazionale, vi fa rientro senza autorizzazione o vi si trattiene indebitamente, è punito con la reclusione da uno a tre anni». «2. La stessa pena si applica allo straniero che non esibisce alla competente autorità amministrativa i documenti di viaggio necessari per l'esecuzione dell'espulsione ovvero che, in mancanza di detti documenti, non comunica alla stessa autorità le informazioni occorrenti per assicurarne l'espulsione».

⁴ Ai sensi dell'art. 10-bis t.u., «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale». «2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1». «3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274». «4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2 [il c.d. respingimento differito], all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato». «5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14 [ordinariamente di dieci anni, salvo che nel decreto di espulsione sia previsto un termine più breve, comunque non inferiore a cinque anni, definito tenendo conto della complessiva condotta dell'interessato nel periodo di permanenza in Italia], si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale [sulla riproponibilità dell'azione penale]». «6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 [di *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*], il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

della dottrina⁵ che della giurisprudenza⁶, serie perplessità. Si è evidenziato, innanzitutto, che questa statuizione contraddice la logica dell'*ultima ratio* dell'intervento penale, visto che la pena si sovrappone interamente all'ambito amministrativo, nel quale è contemplata la sanzione espulsiva. In secondo luogo, essa presuppone la pericolosità sociale della condizione di migrante irregolare, invero negata, nella sua connessione deterministica, dalla stessa Corte costituzionale. Infine, essa comporta la punizione della mera situazione soggettiva di un individuo – quella di migrante, appunto –, in modo contraddittorio non solo con il principio di eguaglianza, ma altresì col principio di materialità del diritto penale.

La nuova disposizione si colloca in un percorso normativo di accentuazione progressiva della logica repressiva nei confronti degli stranieri, fondata sul ritenuto pericolo che costoro rappresentano per le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato. La legge n. 94 del 2009 è solo l'ultimo dei provvedimenti legislativi in tal senso, poiché è stata preceduta da una serie di

⁵ Cfr., per esempio, CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali. (Una guida alla lettura)*, cit., p. 86; DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., pp. 125 e ss.; DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, cit., pp. 709 e ss.; GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1323 e ss.; GROSSO, *Una svolta che non aiuta la giustizia*, cit.; ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, cit., p. 1; ONIDA, *Criminalizzare? È inutile*, cit.; PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, cit., p. 14; PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., pp. 5 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il Nuovo Pacchetto Sicurezza. Commento organico alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, cit., p. 42. In senso contrario, a sostegno della non irragionevolezza della scelta di incriminare la clandestinità, N. ZANON, *Il rigore è la strada giusta*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 luglio 2009.

⁶ Cfr. Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahim, che ha posto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis t.u. per la violazione degli artt. 2, 3, 10, 27, primo comma, Cost. e del principio costituzionale di ragionevolezza; Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, che ha posto analoga questione per violazione degli artt. 2, 3, 24, secondo comma, 25, secondo comma, e 97, primo comma, Cost.; Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della previsione per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 Cost.; la richiesta al giudice di pace di Torino da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis t.u. per il contrasto con gli artt. 2, 3, primo comma, e 25, secondo comma, Cost.; la richiesta al giudice di pace di Bologna da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009 di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme in materia di criminalizzazione dell'ingresso e della permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato per violazione degli artt. 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97 Cost.; la richiesta al giudice di pace di Agrigento da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009 di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis t.u. per violazione degli artt. 3, 25, 27 e 117 Cost.

altre riforme normative che hanno attribuito, nel corso di poco più di un decennio, una connotazione sempre più rigorosa al testo unico sull'immigrazione, privilegiando l'approccio esclusivo della diversità a dispetto delle politiche di integrazione ad ampio raggio⁷.

Per rendere effettiva la repressione della condizione di illegalità dello straniero, inoltre, è stato previsto nei confronti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, che vengano a conoscenza di tale situazione nell'esercizio delle loro funzioni o del loro servizio, l'obbligo di denuncia, con esclusione dei sanitari. Ai sensi del quinto comma dell'art. 35 t.u., infatti, «5. L'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità salvo il caso in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano». Come è posto in evidenza dal giudice di pace di Torino, una previsione analoga non sussiste con riferimento alle prestazioni scolastiche obbligatorie (che, ai sensi dell'art. 38 t.u., sono tali anche per i minorenni stranieri), con la conseguenza che l'allogeno illegalmente presente nel territorio dello Stato potrà iscrivere i figli a scuola senza indicare la propria condizione; qualora, però, il personale scolastico, che riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, dovesse venire a conoscenza della condizione di illegalità dello straniero, dovrebbe ottemperare al proprio obbligo di denuncia alle autorità⁸.

2. Analisi del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

2.1. Il primo comma dell'art. 10-*bis* t.u.

Nel primo comma dell'art. 10-*bis* t.u. è stabilito che «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a

⁷ La legge c.d. Bossi-Fini del 2002 (la legge 30 luglio 2002, n. 189), la legge 12 novembre 2004, n. 271, di conversione del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, e il pacchetto sicurezza del 2008 (la legge 24 luglio 2008, n. 125, di conversione in legge del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92) possono essere ritenuti gli interventi di riforma principali – sebbene non unici – realizzati sul testo unico dell'immigrazione, che hanno contribuito a disegnare in senso sempre più repressivo soprattutto la dimensione penale del corpo legislativo.

⁸ Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale»⁹.

La fattispecie di questo primo comma è un reato proprio, in quanto autore può esserne solo il soggetto definito come "straniero" nel testo unico sull'immigrazione. Nell'art. 1 t.u. sono indicati come stranieri i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi.

La condotta incriminata è duplice e relativa ai diversi momenti in cui può sorgere la condizione di illegalità dell'allogeno. Infatti, questa può essere una caratteristica originaria, esistente sin dall'ingresso nel territorio nazionale, oppure conseguita in un momento successivo, a seguito della perdita dei titoli che legittimavano la presenza dell'allogeno sul suolo nazionale. Nel primo caso, lo straniero "fa ingresso" nel territorio dello Stato in violazione delle norme di legge; nel secondo, vi "si trattiene", verosimilmente dopo un arrivo realizzato in osservanza delle prescrizioni normative.

Questa appare l'esegesi più plausibile della disposizione, malgrado l'improprietà della formulazione linguistica, che sembra legare la condotta del trattenimento ad un precedente arrivo nel territorio nazionale in violazione della legge, come se la fattispecie di ingresso illegale costituisse un reato di natura istantanea di cui occorreva perpetuare la rilevanza penale. Sembra preferibile ritenere, invece, che l'ipotesi del trattenimento riguardi il soggetto entrato legalmente nel territorio dello Stato e solo successivamente divenuto irregolare, perché l'intento del legislatore è stato di colpire la condizione di illegalità dello straniero in tutte le sue forme di

⁹ Secondo il disposto dell'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, relativa alla *Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio*, «1. Ai sensi dell'articolo 4, comma 4, e dell'articolo 5, comma 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, per l'ingresso in Italia per visite, affari, turismo e studio non è richiesto il permesso di soggiorno qualora la durata del soggiorno stesso sia non superiore a tre mesi. In tali casi si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 2, del medesimo testo unico e il termine di durata per cui è consentito il soggiorno è quello indicato nel visto di ingresso, se richiesto». «2. Al momento dell'ingresso o, in caso di provenienza da Paesi dell'area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, lo straniero dichiara la sua presenza, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno». «3. In caso di inosservanza degli obblighi di cui al comma 2, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, lo straniero è espulso ai sensi dell'articolo 13 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. La medesima sanzione si applica qualora lo straniero, avendo presentato la dichiarazione di cui al comma 2, si sia trattenuto nel territorio dello Stato oltre i tre mesi o il minore termine stabilito nel visto di ingresso».

manifestazione¹⁰.

La previsione della rilevanza penale del mero trattenimento, inoltre, consente di applicare la nuova norma incriminatrice a tutti gli stranieri già presenti illegalmente nel territorio dello Stato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94 senza che vi si opponga il divieto di irretroattività del precetto penale. L'uso del verbo "trattenersi", però, sembra attribuire al reato – diversamente dall'ipotesi dell'ingresso illegale, che è di tipo istantaneo – natura permanente, con la conseguenza che esso potrà ritenersi consumato solo qualora sia trascorso un congruo lasso di tempo fra l'entrata in vigore della nuova legge e il rilevamento della condizione di illegalità dello straniero¹¹.

Ad avviso della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, la previsione della rilevanza penale di chi si trattiene illegalmente nel territorio dello Stato, perché già clandestino o irregolare al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94, presenta profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza. Mentre, infatti, lo straniero che oggi dovesse fare ingresso clandestino nel territorio dello Stato terrebbe una condotta commissiva posta in dispregio di un precetto penale chiaro, l'allogeno già presente sul suolo nazionale prima dell'emanazione del pacchetto sicurezza del 2009, che si limitasse a permanere in Italia, terrebbe un comportamento omissivo, oltretutto condizionato dall'esistenza di legami – lavorativi, affettivi, etc. – col contesto locale. La differenza evidente fra queste situazioni ne imporrebbe il trattamento diversificato. Il legislatore avrebbe potuto trovare una soluzione di compromesso concedendo allo straniero già in Italia al momento dell'entrata in vigore della nuova legge un termine per ottemperare all'obbligo di lasciare il territorio dello Stato, durante il quale il fatto della presenza illegale non fosse rilevante penalmente. L'assenza di una tale previsione impedirebbe allo straniero clandestino o irregolare, che volesse

¹⁰ Secondo GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327, la fattispecie del primo comma dell'art. 10-bis t.u. costituisce un reato unico a condotte alternative e non contempla, invece, delle condotte autonome, che potrebbero concorrere fra loro. Tale esegesi deriverebbe dal dato formale dell'inserimento delle due situazioni in un'unica norma incriminatrice e della previsione del medesimo trattamento sanzionatorio, nonché dalla sussistenza dello stesso bene giuridico, rappresentato dall'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, pur nella diversità delle modalità di aggressione.

¹¹ Ritiene trattarsi di reato permanente Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahim. In dottrina, GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327; PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., p. 6.

rispettare il precetto penale, di farlo legalmente, perché dovrebbe abbandonare il territorio dello Stato “clandestinamente”¹².

Contrariamente a questa ricostruzione, può essere notato che lo straniero diligente, venuto a conoscenza nel periodo di *vacatio legis* dell'introduzione della nuova fattispecie, avrebbe dovuto lasciare da subito il territorio dello Stato per evitare, appunto, ogni rischio di incriminazione. Per questa ragione i paventati dubbi di legittimità costituzionale, quantomeno sotto questo profilo, possono considerarsi superabili.

Perché la condotta incriminata nell'art. 10-*bis* t.u. sia punibile è necessario che l'autorità procedente accerti la condizione di illegalità dello straniero, salvo che si voglia ammettere a carico dell'imputato l'onere di provare la propria condizione di regolarità.

La sanzione prevista è la sola ammenda. Ciò conferisce all'illecito il carattere di contravvenzione, quindi di un reato di minore entità.

Bisogna porre in evidenza che, nella versione originaria del disegno di legge che ha portato all'introduzione del reato di immigrazione clandestina, la fattispecie era strutturata in forma delittuosa, con la previsione della reclusione da sei mesi a quattro anni, l'arresto obbligatorio in flagranza e il rito direttissimo, sebbene limitata al solo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione delle norme del testo unico. Con un emendamento la condotta punibile è stata estesa al trattenersi nel territorio nazionale, ma la fattispecie tutta è stata trasformata in una contravvenzione, con la conseguente attribuzione della competenza al giudice di pace e la scomparsa dell'arresto in flagranza. La ragione di tale cambiamento è stata individuata nell'acquisita consapevolezza da parte della maggioranza di governo che il mantenimento della fattispecie delittuosa avrebbe comportato l'intasamento delle strutture di custodia da parte di una moltitudine di stranieri, i quali difficilmente avrebbero lasciato spontaneamente l'Italia¹³.

Dubbi possono sorgere in merito all'efficacia della sanzione attualmente prevista. A parte le problematiche che sussistono in generale per la ripetibilità da parte degli uffici giudiziari delle somme comminate a titolo di multa e ammenda, nel caso di specie la situazione di ordinaria indigenza degli stranieri presenti illegalmente nel territorio nazionale rende impensabile che queste

¹² In tal senso Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009. In senso conforme Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser.

¹³ PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, cit., pp. 5-6.

somme verranno mai acquisite dallo Stato e, proprio per ciò, tale previsione assume un accentuato carattere simbolico.

Oltre a questa considerazione di fatto, si può ritenere che, a prescindere dalle difficoltà concrete di ripetizione delle somme, l'attitudine intimidatrice della sanzione pecuniaria, in queste tipologie di reati, può ritenersi relativa.

Infine, non si può pensare che presentino efficacia neppure le soluzioni previste a livello normativo per il caso di insolvenza del condannato alla pena pecuniaria. Nell'art. 55 del decreto legislativo n. 274 del 2000, attributivo della competenza penale al giudice di pace, è stabilito che, nell'ipotesi del mancato pagamento delle somme comminate da questo giudice a titolo di multa o di ammenda, la sanzione pecuniaria venga convertita nel lavoro sostitutivo o nella permanenza domiciliare. Per quanto concerne la prima soluzione, appare paradossale che lo straniero, del quale il legislatore vuole favorire in ogni modo l'allontanamento dal territorio nazionale, sia costretto a permanervi – oltretutto in una condizione di sostanziale libertà – per l'assolvimento degli obblighi connessi con la pena sostitutiva, anche se strutturata nelle forme della utilità pubblica. Per quanto concerne la seconda possibilità, è da escludere che la permanenza domiciliare sia un esito da considerare ordinario per gli stranieri clandestini o irregolari poiché non è frequente che costoro abbiano un domicilio stabile.

La natura contravvenzionale dell'illecito rende punibile la condotta sia nel caso in cui l'agente abbia agito con dolo, sia nel caso in cui l'elemento soggettivo sia costituito dalla colpa, con il rischio, amplificato per chi è alloggiato, della ricaduta in ambito penale di errori di valutazione circa la portata della norma incriminatrice¹⁴.

¹⁴ Come pone in evidenza GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1328, anche nell'ipotesi dell'art. 10-bis t.u. troverà applicazione l'art. 5 c.p. nella lettura che la Corte costituzionale ne ha fornito con la sentenza n. 364 del 1988. Ne consegue che l'eventuale ignoranza inevitabile del precetto incriminatorio scuserà l'agente. Tale situazione si può verificare nel caso dello straniero appena giunto in Italia, che non conosce la lingua e non ha contatti con propri connazionali, il quale non sappia della rilevanza penale, nel nostro Paese, della condizione di clandestinità o irregolarità. Secondo l'Autore, costituisce parimenti errore sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. – e non errore su norma extrapenale del terzo comma dell'art. 47 c.p. –, il caso dello straniero che, pur sapendo che la condizione di illegalità è penalmente rilevante, ignori la disciplina amministrativa sulla presenza degli stranieri nel territorio nazionale e integri, così, con la propria condotta, l'illecito dell'art. 10-bis t.u. In questo caso si tratterebbe pur sempre di errore sul precetto, ai sensi dell'art. 5 c.p., perché la normativa contenuta nel testo unico sull'immigrazione, relativa alla regolarità della presenza degli stranieri nel territorio nazionale, integra la statuizione penale e concorre a descrivere l'oggetto dell'incriminazione. Occorrerà, pertanto, anche in questo caso, che l'ignoranza sia inevitabile perché l'allogeno possa essere scusato.

Con il pacchetto sicurezza del 2009, inoltre, in ragione di un inciso inserito nell'art. 16 t.u., la facoltà di utilizzare l'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione di breve durata è stata estesa al reato di immigrazione clandestina, in modo eccezionale rispetto alla previsione generale dell'art. 62 del decreto legislativo n. 274 del 2000, secondo la quale è precluso al giudice di pace il ricorso alle sanzioni sostitutive.

Il riconoscimento di questo potere al giudice di pace provoca, però, l'insorgenza di alcune perplessità, visto che l'art. 16, primo comma, t.u. può trovare attuazione normalmente come rimedio sostitutivo della sola sanzione detentiva. Nessun riferimento esplicito è effettuato alla multa o all'ammenda. Potrebbero ravvisarsi, pertanto, gli estremi per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale per la violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza. In ogni caso, tale facoltà di ricorrere all'espulsione in luogo della pena pecuniaria è sintomo dell'intendimento legislativo di attribuire preferenza al rimedio ablativo dell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato rispetto alla medesima sanzione pecuniaria.

Dubbi esistono, inoltre, circa il carattere obbligatorio o facoltativo della sostituzione¹⁵ della pena pecuniaria con l'espulsione in ragione della formula normativa contenuta nell'art. 62-*bis* del decreto legislativo n. 274 del 2000, introdotto, appunto, con il pacchetto sicurezza del 2009; secondo questa disposizione, «1. Nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'articolo 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». L'uso del verbo all'indicativo esclude formalmente la possibilità di qualsivoglia valutazione di opportunità da parte del giudice. Non può non rilevarsi, tuttavia, che, qualora si volesse aderire all'interpretazione letterale della disposizione e ritenere la sostituzione come obbligatoria, la pena principale definita dal legislatore presenterebbe, di fatto, carattere di residualità; o, meglio, essa manterrebbe il proprio spazio applicativo solo nell'ipotesi dell'insussistenza delle condizioni per procedere all'esecuzione del provvedimento ablativo. Nella logica della priorità riconosciuta al procedimento espulsivo, in sostanza, il giudice di pace dovrebbe sempre ricorrere alla misura dell'allontanamento e applicare l'ammenda nel solo caso in cui l'espulsione sia ineseguibile. In questo modo, però, la pena principale diventerebbe l'espulsione e l'indicazione sanzionatoria

¹⁵ Ritene trattarsi di una facoltà del giudice di pace GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1329, nota n. 50.

generale del primo comma dell'art. 10-*bis* t.u. assumerebbe una connotazione tendenzialmente stilistica.

La previsione del primo comma dell'art. 10-*bis* t.u. si apre con una clausola di salvaguardia, che serve ad escludere il concorso della fattispecie con gli altri reati previsti nel testo unico, per i quali la condizione di clandestinità o di irregolarità è elemento costitutivo: le ipotesi in materia di permanenza o reingresso illegali nel territorio dello Stato degli artt. 13 e 14 t.u.

Fino all'entrata in vigore della riforma normativa del 2009, abbiamo visto, la presenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato non costituiva reato; assumeva rilevanza penale indiretta solo nel caso di intimazione questorile a lasciare l'Italia, ovviamente disattesa (art. 14, comma 5-*ter*, t.u.), o di violazione del divieto di reingresso nell'ipotesi di espulsione eseguita (artt. 13, commi 13 e 13-*bis*, e 14, comma 5-*quater*, t.u.). La funzione di queste previsioni è stata – e continua ad essere – di garanzia dell'effettività del sistema delle espulsioni e non concerne la condizione giuridica dell'allogeno. Da oggi, gli stranieri versanti nelle situazioni, che integrano questi illeciti degli artt. 13 e 14 t.u. e che, a seguito dell'introduzione della fattispecie di immigrazione clandestina, diventano autori anche di questo reato, non si vedranno applicata la nuova norma incriminatrice per l'operatività della clausola di salvaguardia e risponderanno solo degli altri reati del testo unico.

Con riferimento all'art. 14, comma 5-*ter*, t.u., la clausola di salvaguardia, però, sembra avere una portata reale piuttosto circoscritta: il carattere, cioè, della norma temporale. Essa, infatti, espleta la sua funzione principalmente in questa prima fase di applicazione della nuova norma incriminatrice, con riferimento, cioè, alle situazioni di clandestinità o irregolarità già "maturate" da parte dello straniero al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009, rispetto alle quali è concretamente realizzabile il concorso del fatto dell'immigrazione clandestina con la diversa ipotesi della violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato. Superata questa prima fase, appare molto difficile che, in concreto, si possa verificare tale ipotizzata concorrenza. Concluso questo periodo di diritto "intertemporale", infatti, la previsione concernente la violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato opererà nei confronti di soggetti già – formalmente e penalmente – qualificati clandestini o irregolari, rispetto ai quali, cioè, il procedimento penale per il reato del primo comma dell'art. 10-*bis* sarà stato, quantomeno, avviato. In questo modo i fatti illeciti commessi dagli stranieri non solo sono concettualmente distinguibili, ma seguono percorsi giudiziari

diversi, poiché corrispondono a situazioni di fatto eterogenee. La sopravvivenza della clausola si salvaguarda se il procedimento per la violazione dell'intimazione questorile fosse già avviato prima dell'inizio dell'iter giudiziario per il reato di clandestinità (in sostanza, nell'ipotesi di omissione dei doveri d'ufficio da parte dell'autorità, che non ha denunciato lo straniero illegalmente presente sul suolo nazionale) e il rito relativo all'art. 10-*bis* t.u. cominciasse il suo sviluppo solo successivamente. La condizione di illegalità dello straniero è divenuta, infatti, con la novella del 2009, elemento costitutivo di un reato complesso.

Quindi, a prescindere da questa eccezione, che sembra avere una valenza meramente teorica, il concorso fra il reato di immigrazione clandestina e quello del comma 5-*ter* dell'art. 14 t.u. è da escludere.

La clausola di salvaguardia assolve alla sua funzione, invece, con riguardo alle ipotesi di violazione del divieto di reingresso.

Rispetto alle considerazioni prima svolte con riferimento all'art. 14, comma 5-*ter*, t.u., intanto v'è da premettere che la clausola di salvaguardia, in relazione alle ipotesi dell'art. 13, commi 13 e 13-*bis*, t.u., avrà maggiore ampiezza temporale di efficacia, perché queste norme possono concernere persone già clandestine o irregolari al momento dell'introduzione del pacchetto sicurezza del 2009 ed operano per tutta la durata del divieto di reingresso (fino a dieci anni). In questi casi, cioè, la valenza della condizione di illegalità dello straniero maturata prima dell'entrata in vigore del pacchetto sicurezza è estesa a tutto il periodo di durata del divieto di reingresso.

In confronto agli stranieri, la cui condizione illegale matura dopo l'entrata in vigore della riforma del 2009, il concorso fra i reati dell'art. 10-*bis*, da una parte, e dell'art. 13, commi 13 e 13-*bis*, dall'altra, è formale perché il reingresso viene realizzato in violazione delle norme di legge, anche di quelle relative alla presenza legittima dell'allogeno sul suolo nazionale. Con la clausola di salvaguardia si evita l'applicazione delle norme sul concorso formale di reati.

Dei quesiti possono sorgere con riferimento al rapporto fra il reato dell'art. 10-*bis* t.u. e la circostanza aggravante comune prevista nel numero 11-*bis* dell'art. 61 c.p., consistente nella condizione di straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato dell'autore del fatto illecito. L'allogeno, che dovesse rendersi autore del reato dell'art. 10-*bis* t.u., non si vedrà applicata l'aggravante perché troverà applicazione il disposto dell'art. 61 c.p., in ragione del quale le circostanze ivi indicate incrementano la gravità del reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali.

I dubbi possono permanere nel caso dello straniero che, presente

illegalmente nel territorio dello Stato, commetta un altro reato. Ci si domanda se, in questo caso, la condizione di clandestinità o di irregolarità comporti l'aggravamento della pena per il fatto commesso, ai sensi del numero 11-*bis* dell'art. 61 c.p., o il concorso con la contravvenzione contenuta nel testo unico sull'immigrazione. Secondo certa dottrina, deve trovare applicazione la regola generale sul reato complesso, contenuta nel primo comma dell'art. 84 c.p., ai sensi del quale «Le disposizioni degli articoli precedenti [sul concorso di reati] non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato». Ne consegue la prevalenza della circostanza aggravante comune sul reato dell'art. 10-*bis* t.u.¹⁶

Nel secondo periodo del primo comma dell'art. 10-*bis* si esclude l'applicabilità al reato di immigrazione clandestina dell'art. 162 c.p., in cui è disciplinata l'oblazione nelle contravvenzioni punite con la sola ammenda. Questo istituto è stato creato dal legislatore per finalità di deflazione processuale con riferimento agli illeciti più lievi: appunto, le contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda. In questo caso, si dà al contravventore la possibilità di pagare, prima dell'apertura del dibattimento o prima del decreto penale di condanna, a seconda dei casi, una somma corrispondente alla terza parte del massimo edittale previsto per l'illecito commesso, oltre alle spese del procedimento. Il pagamento determina l'estinzione del reato. La connotazione deflativa dell'istituto si evince chiaramente dai termini entro i quali tale facoltà può essere esercitata. L'esclusione di questo strumento con riguardo al reato di immigrazione clandestina rimarca l'intolleranza del legislatore verso questa condotta, attraverso delle forme che, comunque, hanno carattere eminentemente simbolico; tanto che questa differenza rispetto a tutti gli altri illeciti contravvenzionali, per i quali il ricorso all'oblazione è sempre possibile, costituirebbe una violazione del principio costituzionale di eguaglianza¹⁷. Questo principio è apparso leso, altresì, sotto il profilo della ragionevolezza se si considera che nell'art. 162-*bis* l'oblazione è prevista anche per le contravvenzioni punite con le pene alternative dell'arresto e dell'ammenda: quindi, per fatti caratterizzati da un maggior disvalore¹⁸.

¹⁶ Così GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1330.

¹⁷ Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

¹⁸ Così DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, cit., p. 710.

Lo straniero non potrà neppure beneficiare della sospensione condizionale della pena perché la facoltà di applicare il rimedio degli artt. 163 e ss. c.p. è preclusa formalmente al giudice di pace dall'art. 60 del decreto legislativo n. 274 del 2000. Per la medesima ragione l'allogeno non potrà neppure far ricorso all'istituto del c.d. patteggiamento della pena, ai sensi della lettera g) dell'art. 2 del medesimo decreto¹⁹.

2.2. Il secondo comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel secondo comma dell'art. 10-bis è previsto che «2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1».

Con questa statuizione il legislatore ha voluto impedire l'eccesso di intervento giudiziario laddove, in sostanza, l'esito dell'allontanamento fosse stato conseguito prima del varco delle frontiere. La norma determina l'esclusione della rilevanza del tentativo, comunque preclusa dal carattere contravvenzionale dell'illecito.

Proprio quest'ultima considerazione ha fatto ritenere la statuizione di questo secondo comma dell'art. 10-bis t.u. del tutto superflua. Anche in sua assenza il reato del primo comma non si sarebbe configurato per la mancanza dell'elemento oggettivo dell'illecito: chi è respinto alla frontiera, infatti, non fa ingresso nel territorio dello Stato²⁰.

Il reato di immigrazione clandestina si configura, invece, come vedremo meglio più avanti, nei casi di c.d. respingimento differito del secondo comma dell'art. 10 t.u.

¹⁹ Secondo GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1329, dovrebbe risultare inapplicabile, per l'incompatibilità con il tipo di offesa prodotto dal reato dell'art. 10-bis t.u., anche l'istituto dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, disciplinato nell'art. 35 del decreto legislativo n. 274 del 2000. Secondo l'Autore, invece, non dovrebbero sussistere ragioni per non utilizzare il rimedio della improcedibilità per particolare tenuità del fatto dell'art. 34 del medesimo testo normativo, sempre che ne ricorrano tutti i presupposti: «a) l'offesa al bene tutelato è esigua (si pensi ad es. al caso dello straniero che, dopo essere entrato in Italia, essendo tenuto ai sensi dell'art. 5, comma 2, t.u. a richiedere il permesso di soggiorno entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso, lo abbia fatto con un solo giorno di ritardo); b) il fatto di ingresso o trattenimento illecito è "occasionale"; c) l'intensità del dolo o il grado della colpa è lieve; d) il procedimento penale potrebbe compromettere esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'immigrato».

²⁰ In questo senso GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327.

2.3. Il terzo comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel terzo comma dell'art. 10-bis è statuito che «3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274». La competenza a conoscere di questo illecito è attribuita, infatti, al giudice di pace²¹.

Per rendere ancora più agevole il procedimento da svolgere dinnanzi a questo organo ne sono state modificate alcune regole. In particolare, per i reati procedibili d'ufficio, attribuiti, appunto, alla cognizione del giudice di pace, è stato introdotto un rito speciale articolato in due varianti modellate sul giudizio immediato e su quello direttissimo, nelle forme previste per il giudice ordinario, e disciplinate, rispettivamente, nell'art. 20-bis sulla "presentazione immediata a giudizio dell'imputato in casi particolari" e nell'art. 20-ter sulla "citazione contestuale in udienza dell'imputato in casi particolari"²².

2.4. Il quarto comma dell'art. 10-bis t.u.

Nel quarto comma della stessa disposizione si è previsto che «4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato».

Una delle critiche da sempre mosse all'idea di attribuire rilevanza penale alla condizione di clandestinità è stata l'ingolfamento della macchina giudiziaria per fatti che, comunque, non presentano particolare gravità²³. Con la previsione di questo quarto comma si è tentato di porre rimedio a tale problematica, cercando di snellire le procedure di espulsione degli stranieri denunciati per il reato di immigrazione clandestina. Mentre, di

²¹ Per alcuni rilievi critici sulla devoluzione di questa competenza a tale organo A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 3, pp. 13 e ss.

²² GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1330. In argomento S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 56-57.

²³ Vd., per esempio, MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, cit.

norma, infatti, per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale occorre il nulla osta dell'autorità precedente, qui si ovvia a questo requisito e, per esigenze di celerità del rimedio ablativo, si attribuisce al questore un mero onere di comunicazione dell'esecuzione del provvedimento. È di tutta evidenza la violazione del diritto di difesa dello straniero.

Inoltre, il riferimento contenuto nella disposizione al respingimento disciplinato nel secondo comma dell'art. 10 t.u. pone qualche problema. Abbiamo visto che non costituisce il reato di immigrazione clandestina la situazione che determina l'applicazione del rimedio amministrativo del respingimento del primo comma dell'art. 10 t.u., per un'espressa previsione in tal senso contenuta nel secondo comma dell'art. 10-bis. Viceversa, le situazioni che danno origine alle ipotesi di respingimento del secondo comma dell'art. 10 non impediscono la configurabilità del reato in esame. Nessun problema si pone con riferimento al caso contemplato nella lettera *a*) di questo secondo comma, ovvero sia del respingimento degli stranieri «che, entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo». Qui vi è stato, infatti, l'ingresso illecito dello straniero e il ricorso al rimedio del respingimento – in luogo dell'espulsione – corrisponde ad un'esigenza di semplificazione nelle procedure amministrative. Delle perplessità sorgono, invece, con riguardo all'ipotesi della lettera *b*), ove si fa riferimento agli stranieri «che, nelle circostanze di cui al comma 1 [di presentazione ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato], sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». Malgrado, cioè, la condizione di difficoltà in cui tali soggetti versano, il fatto assume rilevanza penale, salva la possibilità di ravvisare, in concreto, la configurabilità di qualche esimente.

2.5. Il quinto comma dell'art. 10-bis t.u.

A completamento della disciplina, nel quinto comma dell'art. 10-bis si è statuito che «5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale [sulla riproponibilità dell'azione penale]».

Secondo i magistrati della Procura della Repubblica di

Agrigento, la previsione del quinto comma dell'art. 10-*bis* t.u. si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. per la violazione del principio di eguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza. L'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e di respingimento, infatti, dipende molte volte dalla discrezionalità della pubblica amministrazione. Lo straniero, allora, grazie alla previsione della sentenza di non luogo a procedere, potrebbe evitare la condanna per il reato di clandestinità per un fatto indipendente dalla sua volontà, mentre un altro allogeno, imputato per il medesimo fatto, potrebbe essere condannato, invece, perché l'autorità amministrativa non dispone, per esempio, dei mezzi per eseguire il provvedimento ablativo. Non solo è evidente la disparità di trattamento fra queste due situazioni, ma sembra che la scelta di incriminazione effettuata dal legislatore con la previsione dell'art. 10-*bis* t.u. dipenda dalla necessità di sopperire all'inefficienza della macchina amministrativa, con violazione del principio di sussidiarietà dell'intervento penale²⁴.

In generale, può essere rilevato come la previsione della sentenza di non luogo a procedere confermi il carattere simbolico dell'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegali. Rispetto a queste condotte l'unica vera sanzione permane l'allontanamento dal suolo nazionale. L'attribuzione della rilevanza penale a questi comportamenti non espleta nessun effetto ulteriore – quantomeno di norma – e serve solo per fornire al governo un'immagine forte nella lotta contro il fenomeno dell'immigrazione clandestina. Il fatto dell'ingresso e del soggiorno illegali assume contemporaneamente valenza penale e amministrativa, secondo due percorsi destinati ad intrecciarsi a tutto vantaggio della sanzione ablativa, oltretutto se consideriamo, come abbiamo visto, il riconoscimento, effettuato sempre con il pacchetto sicurezza del 2009, al giudice di pace del potere di ricorrere all'espulsione come sanzione sostitutiva dell'art. 16 t.u. nel caso del reato di immigrazione clandestina. La coincidenza perfetta fra la soluzione amministrativa e quella penale è evidente per la presenza dei medesimi presupposti applicativi del rimedio ablativo, nel senso che il reato di clandestinità può essere sanzionato con l'espulsione dell'art. 16 t.u. ricorrendo alle forme generali del quarto comma dell'art. 13 t.u. – e non ad eventuali particolari modalità – e sempre che non sussistano le cause ostative del primo comma dell'art. 14 t.u.: se, in ragione di questi ostacoli, non si era potuto procedere già all'esecuzione dell'espulsione, è impensabile

²⁴ Vd. la richiesta al giudice di pace di Agrigento da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009 di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* t.u., cit.

che la rilevanza penale attribuita alla condizione di illegalità dello straniero possa consentire il superamento delle difficoltà che fino ad oggi hanno reso complicato il ricorso alla soluzione ablativa.

Se la disciplina della fattispecie in esame rende residuale, in effetti, sia dal punto di vista astratto, che concreto, l'applicazione nei confronti dello straniero della pena pecuniaria prevista, lo stesso esito non si produce per gli eventuali concorrenti nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p. La configurazione del concorso di persone sarà possibile anche nei confronti di tutti coloro che si limitino ad aiutare lo straniero nell'espletamento delle necessità primarie di sostentamento (salva la configurabilità di eventuali cause di giustificazione). Nei confronti di questi soggetti la previsione dell'ammenda può costituire uno strumento deterrente efficace e stimolare l'atteggiamento di chiusura e di ostilità verso gli stranieri²⁵.

2.6. Il sesto comma dell'art. 10-bis t.u.

Infine, nel sesto comma dell'art. 10-bis, a tutela delle ragioni umanitarie, si è stabilito che «6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 [di *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*], il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

Secondo il giudice di pace di Torino, la limitazione della possibilità di sospendere il procedimento a carico dello straniero nel solo caso in cui egli avanzi domanda di protezione internazionale presenta dei profili di dubbia legittimità costituzionale. Nel terzo comma dell'art. 31 t.u., infatti, è previsto che «3. Il tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato,

²⁵ In tal senso Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.

anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico. L'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificavano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. I provvedimenti sono comunicati alla rappresentanza diplomatica o consolare e al questore per gli adempimenti di rispettiva competenza». Il giudice rileva come non sia statuita anche in questa evenienza la sospensione del procedimento instaurato nei confronti dello straniero per la sua condizione di illegalità con violazione del principio di eguaglianza²⁶. Si può ritenere, però, che in questo caso operi la causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto e, quindi, non si pongano problemi di irragionevolezza dell'omissione.

3. La ragionevolezza dell'incriminazione della condizione di illegalità dello straniero.

Attraverso l'introduzione del reato di immigrazione clandestina si supera l'incoerenza di un sistema in cui si puniva l'ausilio all'ingresso nel territorio dello Stato senza un analogo trattamento per chi avesse tenuto in prima persona questa condotta. A giustificazione di tale assetto normativo non appariva invocabile il principio di frammentarietà del sistema penale: questa, infatti, è solo un riflesso del principio di legalità, una caratteristica delle norme consequenziale rispetto alle scelte di criminalizzazione, ma non sembra possa essere concepita come criterio autonomo di politica criminale e, quindi, di selezione dei comportamenti punibili e di giustificazione delle opzioni di tutela.

Non si può evitare di notare, però, come la soluzione penale non sia stata sostitutiva del rimedio amministrativo, bensì cumulativa ad essa. Ne consegue che nei confronti dello straniero clandestino o irregolare saranno avviati due procedimenti – uno penale e l'altro amministrativo – in grado di intrecciarsi, con prevalenza per l'iter amministrativo, ma con un dispendio di risorse che può essere considerato contrario al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione²⁷.

Ovviamente, la scelta di incriminazione è, in radice, puramente politica e deve pertanto rispondere ai valori ed agli obiettivi che si vogliono realizzare, in considerazione degli interessi coinvolti nella

²⁶ In tal senso Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

²⁷ In questo senso anche Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

questione. Non sembra questa, perciò, la sede per esprimere un giudizio sulla giustezza o meno della creazione di una fattispecie penale specifica per colpire i clandestini, ma non si può fare a meno di osservare come la scelta di criminalizzazione appaia più coerente con l'attuale impianto legislativo. Altro conto è la valutazione circa l'adeguatezza complessiva del sistema repressivo delineato dal nostro legislatore in materia di immigrazione.

Una notazione da farsi è che, comunque, con ogni probabilità, l'attribuzione della rilevanza penale alla condizione di illegalità dello straniero difficilmente costituirà un deterrente all'immigrazione clandestina. Inoltre, permane il problema costituito dalla sorte di quegli extracomunitari irregolari di cui non si conoscono le generalità e di cui, quindi, è ignota l'origine. Da un lato, la collocazione nei centri di identificazione ed espulsione è a termine, dall'altro, anche l'eventuale adozione della soluzione carceraria, in prospettiva di riforma, non pare davvero priva di inconvenienti sol che si consideri il sovraffollamento cui gli istituti di pena andrebbero incontro; in ogni caso, la questione si riproporrebbe alla conclusione dell'espiazione.

Naturalmente, è possibile percorrere strade alternative, attraverso un riassetto delle strategie di lotta al fenomeno del flusso incontrollato di stranieri. In particolare, poteva anche evitarsi di incriminare l'ingresso clandestino nel territorio nazionale se ciò appariva in contraddizione con gli obblighi di solidarietà dello Stato; questa scelta avrebbe dovuto tradursi, però, in un ripensamento della normativa penale del testo unico, sostituendo o quantomeno riformando le norme nel senso di un'ulteriore specificazione – e quindi restrizione – del loro ambito di operatività.

In linea di principio, il modo migliore per combattere il fenomeno dell'immigrazione clandestina (non solo in Italia, ma dovunque) è pensare a strategie politiche sopranazionali che portino ad un miglioramento delle condizioni socio-economiche dei Paesi esportatori di risorse umane. È ovvio, però, che subordinare le opzioni di legislazione criminale alla realizzazione degli obiettivi di politica internazionale appare utopistico. Questa aspirazione, per tradursi in programma, necessita di tempi, risorse e volontà che possono realizzarsi difficilmente nel breve periodo; e il problema dell'immigrazione è attuale e richiede risposte tempestive.

Come in ogni campo, la prevenzione è il miglior modo di affrontare il problema e, quindi, l'incremento del controllo delle frontiere dovrebbe risultare il primo strumento di lotta all'arrivo di clandestini. In Italia questo monitoraggio è particolarmente arduo a causa dei moltissimi chilometri di costa sui quali non è possibile

esercitare materialmente una supervisione capillare (forse anche la penuria di risorse specificamente destinate a questo fine è concausa degli insuccessi delle autorità di vigilanza); sorge, pertanto, l'esigenza di usare altri mezzi per contrapporsi al fenomeno: lo strumento penale viene considerato dal legislatore uno dei più adatti allo scopo.

Oltretutto, v'è da considerare che la maggior quantità di stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato non è costituita dai clandestini veri e propri – cioè da coloro che superano le frontiere violando la legislazione –, bensì dai c.d. *overstayers*, cioè da coloro che fanno ingresso regolare e poi perdono la loro condizione di legalità.

Il ricorso alla criminalizzazione delle condotte umane come rimedio ordinario all'inefficacia della pubblica amministrazione appare contraddittorio, però, con l'idea del diritto penale come *extrema ratio*, in ragione della quale la sanzione penale dovrebbe essere utilizzata solamente quando non esistano altri mezzi ugualmente validi. Certamente, anche in una realtà in cui siano stati rinvenuti ed utilizzati tutti gli strumenti atti a perseguire il fine del controllo della clandestinità può residuare un'esigenza di tutela per la quale non sia sostituibile il ricorso alla pena. Soltanto in questi limiti si può legittimare la criminalizzazione dei comportamenti umani.

Posto ciò, l'unico modo per orientarsi in questa tematica è avere chiaro quale sia lo scopo delle norme, quale bene giuridico debba essere tutelato. Se il bisogno della punizione nasce dall'esigenza di garantire il rispetto dell'ordine pubblico, sicuramente violabile dai flussi incontrollati di stranieri, la condotta tanto di chi favorisce l'ingresso dello straniero nello Stato quanto di chi entra nel territorio merita la medesima repressione. In questo caso non si guarderà all'immigrato come individuo, disperato in fuga da condizioni di vita precarie o cinico approfittatore. Ciò che rileva è il fatto dell'ingresso in violazione delle norme in materia, in grado di per sé di turbare la tranquillità sociale. In questo contesto ha senso la criminalizzazione sia della condotta dello straniero sia di quella agevolatrice dell'ingresso illecito.

Se, invece, l'obiettivo politico fosse di combattere il deprecabile fenomeno dello sfruttamento di individui in condizioni di bisogno, sarebbe sufficiente creare una fattispecie *ad hoc*, in cui si prevedano, come elementi costitutivi, la condizione di vulnerabilità del clandestino e l'approfittamento di questo *status* da parte di soggetti che perseguono dei fini di profitto illecito, come avviene sostanzialmente già oggi nel delitto di favoreggiamento della

permanenza dello straniero irregolare del quinto comma dell'art. 12 t.u. In questo contesto non avrebbe senso punire il clandestino. Se fosse effettuata una tale scelta, d'altronde, non avrebbe legittimazione la norma sul delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino nei termini in cui è formulata attualmente: con essa, infatti, non solo si punisce chi da solo aiuta altri ad entrare nel territorio dello Stato, ma non si richiede neppure un dolo specifico, una particolare finalità, cioè, che si accompagni alla condotta.

Nella realtà assistiamo, invece, al diffondersi di una logica di tipo repressivo: il fenomeno "criminale" può essere efficacemente combattuto, si ritiene, con lo strumento della sanzione penale. In quest'ottica si spiega la tendenza generale alla recrudescenza dell'ammontare delle pene.

4. Le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento al reato dell'art. 10-bis t.u.

Coerentemente con quanto sostenuto dalla dottrina, come abbiamo visto, anche la giurisprudenza ha rilevato diversi profili di dubbia costituzionalità del reato di ingresso e permanenza illegale nel territorio dello Stato²⁸, le cui considerazioni saranno sviluppate qui di seguito congiuntamente.

Il ragionamento effettuato da questi magistrati si fonda sul presupposto che la possibilità di attribuire rilevanza penale alle condotte dell'individuo dipenda dal rispetto di due canoni fondamentali del sistema penale: il principio di offensività, per cui deve sussistere quantomeno l'esposizione a pericolo, derivante dal comportamento censurato, per il bene protetto con la previsione incriminatrice (che deve essere, oltretutto, di rilevanza costituzionale); il principio di sussidiarietà, ovvero l'inadeguatezza degli strumenti diversi da quello penale per perseguire la medesima finalità protezionistica. Questi criteri sono validi anche allorquando la pena prevista è di tipo pecuniario perché, intanto, essa incide su beni costituzionalmente rilevanti come il patrimonio e la dignità sociale del condannato, inoltre, in caso di insolvibilità, è tramutata in misure limitative della libertà personale del reo.

²⁸ Cfr. Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.; Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.; Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit.; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit.; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

Per quanto concerne il profilo del rispetto del principio di offensività, tali magistrati hanno ritenuto che l'illecito sia strutturato come un fatto di mera disobbedienza, che non può essere considerato offensivo di alcun bene giuridico – neppure della sicurezza pubblica – poiché la sola condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero, come ha posto in evidenza la Corte costituzionale con le sentenze nn. 22 e 78 del 2007²⁹, non può essere considerata indice presuntivo di pericolosità sociale³⁰. Pertanto, la previsione incriminatrice non solo viola il principio di eguaglianza poiché si fonda su una condizione soggettiva dell'agente³¹, ma si pone in contrasto altresì, per la medesima ragione, con il principio di materialità³², nonché con quello di presunzione di non colpevolezza visto che la pericolosità di un individuo va dimostrata di volta in volta³³.

Per quanto riguarda il profilo della sussidiarietà, esso appare violato in quanto la previsione incriminatrice coincide con l'ambito di applicazione del rimedio amministrativo dell'espulsione, anzi rispetto a questo presenta un carattere di cedevolezza. La

²⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 22 gennaio – 2 febbraio 2007, n. 22, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, n. 1, pp. 173 e ss., con nota di G. SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, pp. 81 e ss., e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 1, pp. 151 e ss., con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale « vorrebbe ma non può » sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, pp. 181 e ss.; nonché Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 2, pp. 195 e ss., con nota di R. SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione. Il commento*, pp. 198 e ss. Sulla sentenza n. 78 del 2007 si permetta il rinvio a E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, n. 2, pp. 27 e ss.

³⁰ D'altronde, lo stesso legislatore del 2009 ha ammesso che la condizione di illegalità dello straniero non sia di per sé sintomatica della sua pericolosità visto che con la legge n. 102, di poco successiva al pacchetto sicurezza, ha consentito a determinate categorie di lavoratori stranieri clandestini o irregolari di legalizzare la propria posizione.

³¹ E per questo in violazione altresì del secondo comma dell'art. 25 Cost., in quanto fattispecie penale discriminatoria non fondata su fatti e comportamenti riconducibili alla volontà del soggetto attivo. Così Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009, cit.

³² Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

³³ Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.

Nega la rilevanza del profilo dell'offensività GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1334, secondo il quale il reato è posto a tutela della corretta gestione dei flussi migratori, che può costituire un interesse meritevole di protezione penale, espressivo del diritto penale del fatto e non del tipo di autore. La ragione di incostituzionalità della previsione va ricercata, secondo l'Autore, nella violazione del principio di sussidiarietà.

sanzione penale non verrà applicata, infatti, qualora lo straniero sia stato respinto alla frontiera ai sensi del primo comma dell'art. 10 t.u., qualora lo straniero, nelle more del procedimento penale, sia stato espulso o respinto alla frontiera ai sensi del secondo comma dell'art. 10 t.u., qualora il giudice di pace si avvalga del nuovo potere riconosciutogli di sostituire la pena per questo reato con l'espulsione del primo comma dell'art. 16 t.u. Se a queste considerazioni si aggiungono la constatazione della normale condizione di indigenza degli autori di questo reato, che rende pressoché impossibile il pagamento della somma di danaro prevista a titolo di ammenda, e il carico di lavoro che deriverà per gli organi giudiziari dai procedimenti penali innescati da questa previsione incriminatrice, si può dedurre, secondo i magistrati, che la fattispecie sia stata congegnata in modo che l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena principale presentino carattere di eccezionalità. Questa situazione presuppone che il legislatore, in verità, abbia ritenuto normalmente sufficiente, per il perseguimento delle finalità di deterrenza, i rimedi amministrativi dell'espulsione e del respingimento, violando, così, con la scelta di incriminare tali condotte il canone dell'*extrema ratio* del diritto penale. Inoltre, dal carattere concretamente residuale del ricorso alla pena per questo reato è stata dedotta l'effettiva inoffensività della condotta sanzionata³⁴.

Un altro problema di costituzionalità è stato ravvisato nella mancata previsione dei "giustificati motivi" – coerentemente con quanto il legislatore aveva fatto in materia di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato – come causa di esclusione del reato, che avrebbe attribuito maggiore parità di trattamento fra gli stranieri e più ragionevolezza alla fattispecie. Infatti, appare un non-senso che la clausola sia stata prevista per il fatto dell'art. 14, comma 5-ter, t.u., che non solo è più grave per l'entità della pena, ma presenta anche modalità della

³⁴ Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit., e Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit., nonché Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009, che rileva un ulteriore profilo di contrasto con il principio di ragionevolezza nel trattamento sanzionatorio previsto per il fatto che quello dell'art. 10-bis t.u. costituisce l'unico caso nell'ordinamento giuridico italiano in cui la sanzione sostitutiva (dell'espulsione per un tempo non inferiore a cinque anni) è più grave della sanzione sostituita (l'ammenda da cinquemila a diecimila euro).

Per la ritenuta violazione altresì dei principi del finalismo rieducativo della pena e del buon andamento della pubblica amministrazione in relazione al rapporto fra il procedimento penale instaurato per il reato dell'art. 10-bis t.u. e i meccanismi espulsivi cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit.

condotta più pervasive: qui lo straniero disobbedisce a un ordine specifico che gli è rivolto dal questore, nel caso dell'art. 10-*bis* t.u. la violazione concerne una norma astratta e generale. Inoltre, il fatto dell'art. 10-*bis*, in ragione della formula di salvaguardia di apertura del precetto, è assorbito dall'illecito del comma 5-*ter* dell'art. 14, a conferma della minore rilevanza della previsione e dell'incongruenza – anche dal punto di vista logico – dell'assenza della clausola di esclusione della pena³⁵.

Infine, la statuizione è ritenuta in contrasto con l'art. 117 Cost. perché contraddittoria con gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale nella tutela dei migranti, in particolare con le disposizioni del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo del 2000 sul traffico di migranti in cui si vieta di penalizzare la condizione di chi è meramente "vittima" del traffico di persone o delle condotte ad essa correlate (art. 5) e in cui si impone di adottare misure di tutela e di assistenza nei confronti di tali soggetti (art. 16)³⁶.

Un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale è stato ravvisato nell'ambito della criminalizzazione dell'ingresso e della permanenza illegali negli articoli della legge n. 102 del 2009, con la quale è stata consentita la regolarizzazione delle c.d. badanti³⁷. Non si comprende perché solo questa categoria di stranieri clandestini

³⁵ Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit., Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 15 settembre 2009, cit., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit., Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

³⁶ Giudice di pace di Agrigento, 15 dicembre 2009, cit., e Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento del 22 settembre 2009, cit.

Secondo il disposto dell'art. 5 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul traffico di immigrati, relativo alla responsabilità penale dei migranti, tali persone non sono assoggettabili all'azione penale prevista nel Protocollo per il solo fatto di essere stati oggetto delle condotte considerate penalmente rilevanti. Resta ferma, però, la possibilità per i legislatori nazionali di stabilire diversamente in relazione alla rilevanza penale o meno dell'ingresso illegale. Il divieto di criminalizzazione riguarda, infatti, le sole condotte di ingresso illecito direttamente connesse con il traffico di migranti. Oltretutto, l'ambito di applicazione del Protocollo è collegato alla natura della Convenzione di Palermo, in cui si definiscono e reprimono le forme di criminalità organizzata transnazionale. In mancanza della dimensione organizzata, infatti, le disposizioni del testo normativo non possono trovare attuazione. In questa specificità si comprende la ragione del divieto di criminalizzare la condotta del migrante introdotto illegalmente nel territorio dello Stato parte. Quando il valico delle frontiere è organizzato da un'associazione, la condizione del migrante è di sostanziale subordinazione ed è di fatto spesso difficilmente distinguibile in concreto dalla condizione del soggetto sottoposto alla tratta di esseri umani.

³⁷ La possibilità di effettuare una dichiarazione di emersione del lavoro irregolare per determinate categorie di stranieri e, di conseguenza, di rendere legale la loro

condizione è contenuta nella legge 3 agosto 2009, n. 102, di *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*, in particolare nell'art. 1-ter, intitolato *Dichiarazione di attività di assistenza e di sostegno alle famiglie*. Ai sensi del primo comma, «1. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai datori di lavoro italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero ai datori di lavoro extracomunitari in possesso del titolo di soggiorno previsto dall'articolo 9 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, che alla data del 30 giugno 2009 occupavano irregolarmente alle proprie dipendenze, da almeno tre mesi, lavoratori italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero lavoratori extracomunitari, comunque presenti nel territorio nazionale, e continuano ad occuparli alla data di presentazione della dichiarazione di cui al comma 2, adibendoli: a) ad attività di assistenza per se stesso o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza; b) ovvero al lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare». In questa previsione è definito l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina speciale, ovvero sia le categorie di datori di lavoro e di lavoratori che vi sono inclusi. È da notare che il provvedimento, che ha la finalità di fronteggiare la crisi economica, non riguarda soltanto i lavoratori stranieri, bensì anche quelli italiani che dovessero essere stati assunti in nero. Il fatto che questa legge sia intervenuta immediatamente dopo la criminalizzazione della condizione di illegalità dello straniero rende importante, per i nostri fini, effettuare un'analisi riferita al lavoratore soprattutto allogeno. Nell'ottavo comma è stabilito che «8. Dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino alla conclusione del procedimento di cui al presente articolo [relativo appunto alla regolarizzazione della condizione lavorativa], sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore che svolge le attività di cui al comma 1 per le violazioni delle norme: a) relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale, con esclusione di quelle di cui all'articolo 12 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni; b) relative all'impiego di lavoratori, anche se rivestano carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale». Ai sensi del nono comma, «9. Nei casi in cui non venga presentata la dichiarazione di cui al comma 2 ovvero si proceda all'archiviazione del procedimento o al rigetto della dichiarazione, la sospensione di cui al comma 8 cessa, rispettivamente, alla data di scadenza del termine per la presentazione ovvero alla data di archiviazione del procedimento o di rigetto della dichiarazione medesima». Inoltre, «10. Nelle more della definizione del procedimento di cui al presente articolo, lo straniero non può essere espulso, tranne che nei casi previsti al comma 13» e «11. La sottoscrizione del contratto di soggiorno, congiuntamente alla comunicazione obbligatoria di assunzione all'INPS di cui al comma 7, e il rilascio del permesso di soggiorno comportano, rispettivamente, per il datore di lavoro e il lavoratore l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi relativi alle violazioni di cui al comma 8». Secondo il disposto del tredicesimo comma, «13. Non possono essere ammessi alla procedura di emersione prevista dal presente articolo i lavoratori extracomunitari: a) nei confronti dei quali sia stato emesso un provvedimento di espulsione ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e dell'articolo 3 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, e successive modificazioni; b) che risultino segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato; c) che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381 del medesimo codice». Nel quindicesimo comma è statuito che «15. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque presenta false dichiarazioni o attestazioni, ovvero concorre al fatto, nell'ambito della procedura di emersione prevista dal presente articolo, è punito ai sensi dell'articolo 76 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Se il fatto è commesso attraverso

o irregolari, lavoratori in nero, dovesse essere destinataria di un trattamento penale di favore³⁸.

La scelta di criminalizzazione è stata oggetto di profonde critiche da parte della stessa giurisprudenza anche perché ritenuta contraria al principio di solidarietà degli artt. 2 e 3 Cost. Secondo tale giudice, l'art. 10-*bis* t.u. contrasta, fra l'altro, con il principio di solidarietà «poiché con la previsione indiscriminata della illiceità penale del soggiorno non regolare nel territorio dello Stato di persone migranti, generalmente sospinte a cercare migliori condizioni di vita dalla povertà e dall'oppressione sofferte nei propri Paesi e per effetto delle conseguenze normative di tale previsione, provoca un radicale mutamento nello spirito e negli atteggiamenti dei cittadini, degli stranieri "regolari" e della società nel suo complesso, nei confronti di persone in condizioni di povertà, obiettive difficoltà di vita, bisognose di solidarietà e accoglienza, un indurimento degli animi e dei comportamenti, suscettibile oltretutto di estendersi anche ad altre situazioni di "diversità" ed emarginazione (non sembra estraneo al mutato clima sociale favorito dalla logica amico/nemico, il ripetersi frequente di comportamenti ostili e aggressivi nei confronti di varie categorie di "diversi", come le persone omosessuali, i rom, gli stranieri). Il contrario di quella società aperta e solidale, costruita sull'accoglienza, sulla promozione e sulla emancipazione di coloro che sono in condizione svantaggiata, voluta dai costituenti»³⁹.

la contraffazione o l'alterazione di documenti oppure con l'utilizzazione di uno di tali documenti, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale».

Il termine originario del 30 settembre 2009 indicato per l'espletamento della procedura di emersione del lavoro irregolare è stato prorogato al 31 dicembre dello stesso anno con la circolare n. 7602 del 1° dicembre 2009 del Ministero dell'Interno. La proroga concerne le istanze di emersione, per le quali è stato effettuato regolarmente, entro il 30 settembre 2009, il pagamento del contributo forfetario di 500 euro e che non risultano acquisite al sistema informatico del Ministero dell'Interno - Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione per il difetto degli altri requisiti procedurali richiesti. Il pagamento del contributo forfetario è considerato, infatti, dal Ministero come una manifestazione espressa di volontà del datore di lavoro di procedere alla regolarizzazione del rapporto di lavoro con il cittadino extracomunitario e il termine di scadenza viene ampliato allo scopo di consentire l'esaurimento di questi procedimenti già avviati.

³⁸ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna del 16 settembre 2009, cit. Vd. anche Giudice di pace di Torino, 6 ottobre 2009, Eid Abdellatif Eid Aser, cit.

³⁹ Tribunale di Pesaro, giudice monocratico V. Andreucci, 31 agosto 2009, Diouf Ibrahima, cit.

5. Conclusioni.

Credo che, complessivamente, la scelta di sanzionare penalmente la condizione di illegalità dello straniero non costituisca *in sé* espressione di un atteggiamento di profonda chiusura nei confronti dell'altro; anche perché non è solo nel nostro ordinamento che questa opzione è presente. I limiti derivano, piuttosto, per un verso, dalla mancanza di congrue politiche di integrazione, di un atteggiamento di disponibilità verso soggetti da percepire come parti di un unico insieme, per altro verso, all'estremo opposto, dall'insussistente – o comunque scarsa – utilità reale di tale strumento penale, tanto da potersene ritenere prevalente il carattere eminentemente simbolico.

Certa dottrina ha rilevato, comunque, la sussistenza di alcuni effetti secondari collegati all'introduzione del reato. Se, in linea generale, tale previsione non presenta alcuna peculiare utilità perché non agevola le procedure di espulsione, non rendendo più semplice l'eliminazione degli ostacoli all'esecuzione dei provvedimenti ablativi, né ne incrementa i casi rispetto alla disciplina precedente meramente amministrativa, come, d'altronde, non costituisce un particolare deterrente per la tipologia della sanzione stabilita, essa, però, ha delle conseguenze indirette rilevanti.

In primo luogo, stante l'obbligo di denuncia a carico dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, i quali, nell'esercizio delle loro funzioni o del loro servizio, venissero a conoscenza della condizione di illegalità dello straniero, gli stranieri clandestini o irregolari tenderanno a vivere in situazioni di sempre maggiore invisibilità⁴⁰.

In secondo luogo, l'attribuzione della rilevanza penale alla condizione di illegalità dello straniero permette di eludere i contenuti della *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*⁴¹, da attuarsi entro il 24 dicembre del 2010, in cui si prevede come modalità ordinaria di esecuzione dei provvedimenti ablativi

⁴⁰ ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, cit., pone in evidenza come, considerata l'evidente ineffettività del nuovo reato, la "filosofia" della norma sia costituita dall'idea di fare terra bruciata attorno agli stranieri presenti illegalmente sul territorio nazionale, precludendo o rendendo particolarmente ardua la via di accesso ai servizi pubblici in chiaro dispregio dei diritti fondamentali dell'individuo. L'esibizione del permesso di soggiorno, per esempio, è richiesta, infatti, per contrarre matrimonio o per accedere ad altri atti dello stato civile.

⁴¹ In *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 348 del 24 dicembre 2008, pp. 98 e ss.

la partenza volontaria, mentre si ammette, solo in via eccezionale, il ricorso alla procedura forzata, fra l'altro, quando l'espulsione costituisce una sanzione penale o la conseguenza dell'applicazione di una sanzione penale. La criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno illegali, cioè, consentirebbe di utilizzare il rimedio dell'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera per gli stranieri colti sul territorio nazionale in condizione di clandestinità o irregolarità senza violare formalmente i contenuti della normativa comunitaria⁴².

⁴² Così GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., pp. 1330 e ss., che pone in evidenza come la dottrina abbia rilevato l'illegittimità del tentativo elusivo effettuato dal legislatore italiano in quanto la facoltà di derogare al carattere ordinario del procedimento per intimazione, per essere coerente con l'intento della normativa comunitaria, deve riguardare i casi in cui l'espulsione consegua alla commissione di reati diversi dall'ingresso o dal soggiorno illegale. Sulla Direttiva sui rimpatri vd. C. FAVILLI, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2009, n. 2. Con particolare riferimento al tentativo di elusione attuato dal legislatore italiano, l'Autrice considera che «se addirittura si potesse paventare che lo scopo dell'introduzione di tale fattispecie di reato [di immigrazione clandestina] sia anche la volontà di limitare l'ambito di applicazione della direttiva si potrebbe profilare una violazione dell'obbligo di leale cooperazione e di non adozione, nelle more del termine concesso per l'attuazione delle direttive, di atti contrari al loro scopo, che ne ostacolano l'attuazione nei termini». *Ivi*, p. 6.

Bibliografia

PAOLO BONETTI, *Le norme in materia di stranieri del disegno di legge sulla sicurezza pubblica all'esame dell'Assemblea della Camera dei Deputati (A.C. 2180-A). Analisi e commento a prima lettura*, in www.asgi.it, del 2 maggio 2009.

DAVID BRUNELLI, *La Corte costituzionale « vorrebbe ma non può » sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 1, pp. 181 e ss.

ANGELO CAPUTO – LIVIO PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 3, pp. 13 e ss.

ANGELA DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 7, pp. 709 e ss.

MASSIMO DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, n. 1, pp. 101 e ss.

CHIARA FAVILLI, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2009, n. 2.

GIAN LUIGI GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 11, pp. 1323 e ss.

ENRICO LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, n. 2, pp. 27 e ss.

SERGIO LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 50 e ss.

MASSIMO MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, in www.penale.it del 30 agosto 2009.

VALERIO ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009, p. 1.

TULLIO PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 15 agosto 2009, n. 33, pp. 14 e ss.

PAOLO PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 1, pp. 5 e ss.

PAOLO PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2009, Speciale immigrazione, pp. 5 e ss.

GUIDO SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, n. 1, pp. 81 e ss.

PAOLO SCOGNAMIGLIO, *Il Nuovo Pacchetto Sicurezza. Commento organico alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, Simone, Napoli, 2009.

ROBERTA SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 2, pp. 198 e ss.