

Diritto penale

**Il trattamento penale dello straniero
irregolare**

Assunta Maria Paola Crisci

Ciclo XXIV a.a. 2009/2010

Indice

CAPITOLO I

Europa, terra impastata di passi.

	<i>pag.</i>
1.1 Natura “critica” del fenomeno migratorio.	5
1.2 <i>Histoire événementielle.</i>	
1.2.1. Stato nazione e migrazioni.	7
1.2.2 Migrazioni e cambiamenti nello scenario europeo dal 1970. Il peso delle paure della “vecchia” Europa.	12
1.2.3 Le migrazioni oggi.	27
1.3 Modelli di migrazione.	32

CAPITOLO II

L'Italia dinanzi al fenomeno migratorio.

2.1 Scelte politico-legislative.	43
2.2 Lo statuto costituzionale dello straniero e le possibili ragioni dell'esclusione.	54
2.3 L'uso del diritto penale come simbolo dell'affermazione della legge del più forte secondo una concezione che oblia la capacità di libertà dell'altro.	60
2.3.1.1 L'art. 10 <i>bis</i> D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.	65
2.3.1.2 Una norma “al confine”.	78

2.3.1.3 Valutazione della norma secondo i canoni di sussidiarietà ed effettività.	86
2.3.2.1 L'art. 61, n. 11 <i>bis</i> c.p.	96
2.3.2.2 La dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante della “clandestinità”: un intervento della Consulta che ripristina i cardini del sistema penale.	100
2.3.2.3 Le conseguenze della pronuncia di incostituzionalità.	105
2.3.3.1 I reati collegati alla espulsione: in particolare i reati di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore (art. 14, comma 5 <i>ter</i> e 5 <i>quater</i> , TU).	113
2.3.3.2 Dalla formulazione originaria alla disciplina introdotta con la legge n. 94 del 2009.	119
2.3.3.3 La direttiva europea c.d. rimpatri ed il d.l. n. 89 del 2011 (conv. con l. n. 129 del 2011).	134
2.3.3.4 Il vigente reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore.	149
2.3.3.5 Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore ex art. 14, comma 5 <i>quater</i> , TU.	158
2.3.4 Possibili ipotesi di incompatibilità fra la “nuova” disciplina in tema di immigrazione irregolare e la direttiva	161

“rimpatri”.

Bibliografia

169

Capitolo Primo.

Europa, terra impastata di passi.

1.1 NATURA “CRITICA” DEL FENOMENO MIGRATORIO.

Il migrare implica in sé l'essere in un “attraverso”, una condizione di passaggio che non è ancora un “passo”, un'entrata, esso è un atto puntuale ed allo stesso tempo eternamente perdurante, richiede un tempo ed uno spazio, un contesto ma non un esito perché non è un fendere.

Affascinante notare come in una delle lingue europee più antiche migrare¹ sia reso con un verbo che indica un ritornare attraverso, secondo una circolarità nella quale la partenza diviene arrivo.

In questo agire circolare sembra rappresentata l'intera umanità nella sua essenza ancestrale, che si è costruita sui cicli delle stagioni, delle stelle, dei pascoli secondo un movimento continuo su di una terra il cui moto lungo la linea dell'orizzonte riporta sempre al punto di avvio.

Questo moto di rivoluzione si srotola lungo un filo in una dimensione orizzontale quando il viaggio oltrepassa il suo

¹ La lingua greca ricorre al medesimo termine – μεταναστεύω – per riferirsi all'atto del migrare, dell'emigrare e dell'immigrare in una visione del fenomeno che tiene conto della sua intera complessità.

“fine” perdendo la possibilità di un facile o possibile ritorno. Il superamento di una linea di mezzo trasforma il migrare in un uscire per un entrare, in un passaggio fra dimensioni, fra un dentro ed un fuori, fra un prima ed un dopo. La posizione del confine, di questa linea di mezzo, infrange il ciclo imprimendo una direzione vettoriale.

Colpisce come il termine “migrazione”, nella sua essenza radicato nell’“agire”, sembri essere il contrario di “stato”, parola adottata qui nel suo senso lato ed a cui ricorremo per riferirci ad ordinamenti giuridici dotati di una proiezione spaziale.

Le migrazioni agiscono in uno spazio interferendo con quanto vi si trova posto.

Si tratta questo di un rapporto conflittuale che vede in relazione fenomeni fra loro antitetici, un fluire ed uno stare, e che comporta una crisi di prospettiva nell'osservazione del mondo esterno dove la centralità dell’“io” si infrange contro le istanze dell’“altro”.

L'altro è colui che proviene da un altrove, che è un luogo diverso rispetto a quello in cui chi si pone al centro del discorso si ritiene essere: è tale soggetto che delimita il proprio spazio, il proprio stare entro i confini di un orizzonte e che definisce come diverso da sé chi giunge dal verso opposto della sua osservazione. L'altro giunge da un fuori ed entra in uno spazio appreso, nel far questo apre un passo su quella linea che cuce insieme gli altrove mettendoli in relazione.

Quello del migrare è un fenomeno sociale totale. Inscindibile è l'emigrare dall'immigrare. Chi arriva in un luogo parte da un altro luogo, è persona che si carica di una doppia definizione generata dall'attraversamento del

confine. La scissione deriva dall'atto di analisi dell'osservatore, che si fa testimone della direzione del movimento. Per coloro che restano l'altro emigra, per coloro che già si trovano al suo arrivo l'altro immigra. Ma la persona è una.

Dinanzi a questa persona scegliamo il punto di vista di chi la osserva venire, di una comunità organizzata in forma statale impegnata nel fornire risposte prima politiche, poi giuridiche e di tipo penalistico.

1.2 HISTOIRE ÉVENÉMENTIELLE.

1.2.1 STATO NAZIONE E MIGRAZIONI.

Lo Stato , come soggetto sovrano, nasce dalle ceneri di sanguinose guerre di religione e si forma quale titolare di poteri non finiti, che esercita all'interno ed all'esterno del proprio territorio.

La sua costruzione, si è affermato, ha in sé un centro vuoto². Le sole categorie normative non sono in grado di individuare coloro che dovrebbero comporre la totalità delle persone a cui è rimessa la propria organizzazione.

Questo nucleo concavo viene riempito dalla ideologia e dalla pratica del nazionalismo. Tale fenomeno si dipana per il XIX secolo e lo si osserva radicarsi ed evolversi nel

2 Habermas J., L'inclusione dell'altro, Milano, 1998.

secolo scorso senza che la sua eco si possa dire oggi sopita.

Dalla rivoluzione francese fino alla Prima guerra mondiale l'idea di nazione subisce una evoluzione, trasformandosi da modello dei movimenti nazionalrivoluzionari nella più potente idea di legittimazione dell'Europa.

Nella seconda metà dell'Ottocento lo Stato nazionale è diventato una forma politica strutturale.

Qui l'idea di nazione dismette i panni di ideale di libertà, unità dei popoli, ma trasmuta nei decenni dell'imperialismo e fino alla prima guerra mondiale in strumento esasperato del nazionalismo con lo scopo di stabilizzazione della politica e della struttura sociale all'interno e di legittimazione degli interessi nazionali verso l'esterno.

In questo contesto la cittadinanza e tutti i possibili strumenti atti a demarcare una appartenenza sono essenziali alla continuazione stessa dello Stato, nella sua dimensione spaziale e temporale. Le pratiche di inclusione ed esclusione sostengono la legittimità del sovrano potere statale perché definiscono l'identità della stato-nazione di cui si appalesa l'artificialità: le demarcazioni hanno un carattere immaginario, ideologico³.

Nel vecchio continente, per tutto l'Ottocento e il primo Novecento le migrazioni sono strumento essenziale di affermazione del pensiero imperialistico. Il movimento di centinaia di migliaia di persone è influenzato, se non

3 Anderson B., *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, 2005, 24 e ss; secondo l'autore l'idea di "nazione" è il frutto di un'attività di immaginazione; essa non è dotata di un preesistente substrato naturalistico, è una *comunità politica immaginata come limitata e sovrana*, cfr. Anderson B., *Comunità*, cit.

gestito, dagli apparati statali allo scopo di governare problemi sociali mediante l'espansione e la migrazione coloniale⁴.

Con lo scoppio della Prima guerra mondiale e l'estensione progressiva della chiamata alle armi, in Paesi come Inghilterra, Francia e Germania la carenza di manodopera spinge al reclutamento all'estero, centinaia di migliaia di persone vengono ingaggiate nelle colonie, arruolate e occupate come manovalanza. Ne deriva un'internazionalizzazione delle economie e degli eserciti.

Spostamenti di masse di esseri umani si svolgono attraverso le frontiere, che a loro volta vengono spostate per ragioni militari dando vita a "minoranze" all'interno dei confini, ne seguono esodi, espulsioni, deportazioni.

Lo scenario al termine del conflitto è drammatico. I trattati di pace operano una ristrutturazione dello situazione politica prebellica.

Quattordici nuovi Stati sorgono sulle rovine di tre imperi, si moltiplicano esponenzialmente le linee di frontiera esterna. I cambiamenti geopolitici mutano il carattere delle migrazioni, che da interne divengono internazionali⁵.

4 Dopo la fine del commercio degli schiavi, la storia della migrazione coloniale dell'Ottocento e del primo Novecento fu dominata grosso modo da tre dimensioni: 1) servizio coloniale e insediamento locale di europei nei territori d'Oltremare in via temporanea o permanente; 2) migrazioni successive scatenate dall'espansione coloniale europea di indigeni non europei all'interno delle colonie; 3) "spostamenti" di forza lavoro e gruppi di popolazione non europea all'interno o tra colonie europee e territori interessati: cfr. Bade K., *L'Europa in movimento. Le migrazioni dal settecento a oggi*, Bari, 2000, 183.

5 Con l'armistizio ed i trattati di pace non finiscono gli esodi e le espulsioni. La guerra civile in Russia e la formazione di nuovi Stati in Europa provoca fughe e migrazioni forzate di massa, cui

Nel ridisegnare i perimetri cartografici, le identità nazionali vengono disassemblate e ricomposte.

La crisi economica spinge, nel periodo fra le due guerre mondiali, ad una difesa protezionistica degli spazi economici nazionali, a progetti autarchici alimentati da un esasperato nazionalismo, ad una politica interventista, elementi tutti che conducono ad una caduta senza precedenti delle emigrazioni⁶ ed al contingentamento delle immigrazioni.

L'imperialismo è seme da cui germina il totalitarismo del XX secolo⁷, la “corsa all'Africa” ha insegnato all'Europa a rompere e superare quei limiti che generalmente controllavano l'esercizio del potere in patria⁸.

si aggiungono nel periodo fra le due guerre le fughe per ragioni politiche dinanzi alle nuove dittature europee: cfr. Bade K. *L'Europa*, cit., 275.

6 Durante il periodo fascista in Italia, dal 1927, la politica migratoria si fece particolarmente restrittiva, in modo esplicito essa tendeva ad arrestare l'emigrazione ed a favorire i rientri in Patria, cfr. Puggioni M., *L'immigrazione clandestina*, Genova 2008, 22. In Germania venne istituito nel 1918 un “Ufficio nazionale per per il rimpatrio e l'emigrazione dei tedeschi”, che cambierà spesso denominazione nel tempo. La missione cui era preposto risiedeva non solo nella consulenza a chi voleva emigrare, ma in particolare nell'evitare la migrazione di manodopera specializzate. Gli Stati Uniti d'America nel 1921 con il *Quote Act* introducono le quote d'immigrazione assegnate ai vari paesi, cfr. Bade K., *L'Europa*, cit. 310 e ss.

7 L'esperienza dei totalitarismi si caratterizza per una istituzionalizzazione del “razzismo coloniale”, avvenuta in Italia nel 1938 con l'approvazione delle leggi razziali contro i concittadini di religione ebraica, cfr. Goulo R., *Identità e paura: gli italiani e l'immigrazione*, Udine, 2010, 11.

8 È uno dei più grandi pensatori del XX secolo, Hannah Arendt, che analizza la “corsa alla conquista dell'Africa” ad opera

L'asservimento dello stato alla nazione si compie in modo definitivo con le pratiche di denaturalizzazione: coloro che sono privati della cittadinanza, in un sistema di stati nazionali definiti in un territorio, sono spogliati di ogni protezione, non sono più considerate persone⁹.

La combinazione instabile fra il ricorso per fini identitari al nazionalismo e l'uso della potestà statale in modo irrelato esplose nella Seconda guerra mondiale.

Nel 1945 la guerra ha mutato il volto del mondo e dell'Europa.

Essa ha segnato un momento di non ritorno nella storia dei flussi migratori che hanno coinvolto il vecchio continente nel cui interno avevano avuto luogo massive fughe e migrazioni forzate, e verso i cui confini si erano indirizzate migrazioni accelerate dal dissolvimento degli imperi coloniali.

Queste ultime seguivano in senso contrario le strade aperte dai colonizzatori.

Sino agli anni Sessanta del secolo scorso il saldo

dell'Europa. Secondo Arendt i colonizzatori bianchi – belgi, francesi, tedeschi, olandesi, inglesi, italiani - in Africa trasgrediscono i limiti morali che ponevano un controllo all'esercizio del potere in patria. Tale regressione verso l'umanità, fatta di violenze, saccheggi, stupri, omicidi, costituirà il nucleo intorno al quale fonderanno le proprie basi i totalitarismi del XX secolo, cfr. Arendt H., *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1999, 171 e ss.; Benhabib S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006, 41.

9 Benhabib S., la quale afferma: “in un sistema di stati nazionali territorialmente definiti, e cioè in un ordine internazionale “statocentrico”, lo status giuridico di un individuo dipende dalla protezione offertagli dalla massima autorità che controllo il territorio sul quale risiede ed emette i documenti cui ha diritto”, cfr. Benhabib S., *I diritti degli altri*, cit., 43.

migratorio rivela una corposa emorragia di emigrazioni europee verso i Paesi al di là dell'Atlantico. Il quadro muta a partire dal 1970.

1.2.2 MIGRAZIONI E CAMBIAMENTI NELLO SCENARIO EUROPEO A PARTIRE DAL 1970. IL PESO DELLE PAURE DELLA “VECCHIA” EUROPA.

Sulle rotte migratorie aperte dalla decolonizzazione intraprendono il proprio cammino ondate di uomini provenienti da Paesi diversi aventi destinazioni diverse. Le migrazioni per lavoro dividono l'Europa in regioni di immigrazioni a nord e di emigrazioni a sud fino agli anni Ottanta.

Al termine della Guerra fredda si individuano tre grandi gruppi migratori: immigrazioni eurocoloniali, coloniali e post coloniali; migrazioni per motivi di lavoro; esodi e migrazioni di profughi in cerca di asilo. Diverso l'atteggiamento tenuto dai Paesi del Vecchio continente nei confronti dei vari gruppi.

Se migrazioni eurocoloniali sono generalmente agevolate dalla concessione della cittadinanza, dalla creazione di ponti linguistici, da programmi di integrazione, non così quelle provenienti da colonie o ex-colonie.

In questo caso i Paesi di destinazione si relazionano con un approccio fatto di prevaricazione, razzismo,

discriminazione sopravvissuto in Europa alla decolonizzazione: essi utilizzano un bagaglio culturale appreso durante l'imperialismo fondato su un atteggiamento di subordinazione, lo riproiettano sui migranti in ragione, anche, del timore dell'inversione di percorsi prima di conquista.

Sono le migrazioni postcoloniali oggetto di limitazioni sempre più drastiche da parte di paesi dal passato coloniale in particolare Francia¹⁰ e Gran Bretagna¹¹, i cui discorsi pubblici si mobilitano in difesa della popolazione autoctona dalla minaccia della crescita di popolazione immigrata e contro la perdita dell'“identità nazionale e culturale”.

Emergono dall'inizio degli anni Settanta atteggiamenti di chiusura e di rappresentazione degli stranieri sempre più razzisti¹², agire favorito dalla crisi petrolifera che indirizza

10Negli anni Settanta in Francia inizia a far parlare di sé il *Front National*. Se all'inizio degli anni Sessanta i rapporti fra Francia ed Algeria vengono definiti come legati da vincoli indissolubili, già negli anni Ottanta i movimenti anti-immigrazione sono radicati e si lanciano contro i *beurs*. Le parole “negro”, “ghetto”, “Islam”, dominano la discussione. Dal 1989 al 1993 il numero dei permessi di soggiorno programmati per nordafricani diminuisce da 800.000 a 100.000. Inizia una discussione, promossa dal *Front National*, in ordine alla distinzione fra immigrati integrabili – cattolici – e non integrabili – mussulmani-, cfr. Bade K., *L'Europa*, cit., 338.

11È del 1968 il discorso “River Blood” di Enoch Powell a difesa di una presunta “Englishness” contro il crescere delle migrazioni soprattutto di colore. Dal 1960 al 1988si susseguono numerosi e restrittivi interventi legislativi in materia di immigrazione e cittadinanza motivati dalla paura di “be swamped by people with a different cultures” (M. Thatcher).

12Studi sociologici descrivono questo atteggiamento delle ex

verso la chiusura gli ingressi per motivi di lavoro.

Il diverso grado di crescita e sviluppo economico dagli anni Cinquanta in poi è ragione di migrazioni transnazionali dal Sud al Nord Europa. Si parte prima dall'Italia, dalla Spagna, dalla Grecia, dal Portogallo, poi dalla Turchia e dalla Jugoslavia secondo accordi bilaterali in materia di reclutamento di forza lavoro soprattutto verso Francia e Germania.

All'origine di queste migrazioni intraeuropee ci sono gli interessi, consacrati in accordi bilaterali, dei paesi coinvolti, da un lato, ad esportare manodopera e, dall'altro, ad importarne a basso costo¹³. L'occupazione di stranieri riguarda settori – come il tessile, l'edilizia, i servizi di pulizia - in cui i salari e le condizioni lavorative non sono più attraenti per i lavoratori autoctoni. In questi settori si

potenze coloniali di opposizione alle migrazioni extraeuropee in termini di “razzalizzazione della politica migratoria”, finalizzata ad una prevenzione delle migrazioni postcoloniali su percorsi migratori già stabili.

13Nel secondo dopoguerra circa quattro milioni di italiani lasciano il proprio paese. L'elevato tasso di disoccupazione, le gravi condizioni di miseria in cui vive gran parte della popolazione italiana il governo De Gasperi a vedere nell'emigrazione un soluzione necessaria per far fronte al problema demografico ed economico. Nel dopoguerra l'emigrazione è incoraggiata e controllata dal governo tanti da giungersi alla stipula di accordi che prevedono, con paesi europei quali ad esempio Francia e Belgio, lo scambio fra uomini e carbone. Tra il 1946 ed il 1947 solamente partirono partirono per le miniere francesi e belghe 84 mila italiani. Nel dicembre 1955 l'Italia firma accordi bilaterali anche con la Germania, paese in cui gli italiani erano indirizzati a lavori stagionali per favorirne in breve tempo il rimpatrio, cfr. Greco I., Panorama storico dell'emigrazione italiana nel secondo dopoguerra. Le migrazioni verso Belgio, Francia Germania reperibile su www.cestim.it

verifica una riduzione dei salari che produce alcuni effetti anche sui lavoratori autoctoni, generando proteste per la sostituzione della manodopera nazionale con quella straniera.

Con gli anni Sessanta le migrazioni per motivi di lavoro divengono un fenomeno massivo che si accompagna alla riduzione della popolazione autoctona, tanto che in paesi come la Germania l'aumentare della popolazione straniera non comporta un aumento della popolazione attiva complessiva. I lavoratori stranieri servono a "riempire vuoti" di manodopera e ciò, al contempo, facilita la mobilità sociale degli autoctoni.

Inizia una fase di cambiamento sociale in ragione anche del mutamento della composizione della società: la presenza straniera diviene visibile, un elemento stabile, necessario rispetto alle esigenze del sistema produttivo, essa produce effetti e genera reazioni.

Negli anni Settanta gli "Stati reclutatori" di manodopera optano in modo unilaterale per una limitazione delle migrazioni, scelta occasionata dalla crisi petrolifera del 1973 che appalesa la limitatezza delle risorse e frantuma la fede in una crescita illimitata.

Al fondo di tale decisione vi è inoltre il timore che la permanenza degli stranieri possa divenire definitiva.

Le politiche di restrizione delle migrazioni hanno scarsi risultati, ponendo i lavoratori stranieri dinanzi alla difficile alternativa fra lasciare il paese o rimanervi, li inducono a stabilizzare la propria permanenza per evitare la perdita del lavoro: aumentano i soggiorni permanenti ed i ricongiungimenti familiari. Con il trasformarsi del soggiorno inizia a cambiare anche la struttura della popolazione straniera, aumenta il numero delle famiglie e

dei loro membri, diminuisce la percentuale degli occupati. Tale situazione alimenta nei periodi di crisi il livello della disoccupazione non più “esportabile” attraverso le migrazioni di ritorno.

Gli anni Ottanta vedono la trasformazione dei paesi del Sud Europa in aree di ricezione di migranti, fenomeno originato non solo da uno sviluppo economico, ma soprattutto dalle politiche di chiusura dei confini del Nord Europa.

Verso i paesi euromediterranei si dirigono ora le rotte di migrazione in ragione dei confini ancora porosi¹⁴ e della presenza di un settore informale forte che richiede manodopera non qualificata a basso prezzo in grande quantità.

L'occupazione irregolare presto chiede e si fa alimentare dalle reti migratorie portando a concentrazioni etniche nei vari settori lavorativi senza che le normative apprestate dai vari paesi riescano a disciplinare del fenomeno¹⁵.

Le migrazioni per motivi di lavoro vengono percepite come un fenomeno di massa, in continuo aumento, dal carattere destabilizzante dell'ordine costituito all'interno

14L'obbligo di visto in Italia per molti paesi africani viene introdotto nel 1990 con la legge n. 39, conosciuta come legge Martelli.

15In Italia in particolare la consistente presenza di un'economia sommersa permette di assorbire i flussi irregolari, le cui dimensioni sono state fortemente influenzate dalle politiche migratorie, in particolare dalle sanatorie. Le sanatorie sono state utilizzate da vari stati, ma il caso italiano si caratterizza per un frequente ricorso a tale strumento: dal 1986 le sanatorie si sono succedute con una regolarità circa quadriennale, cfr. Koser K., *Le migrazioni internazionali*, Bologna, 2009, 84.

della società dei paesi di destino.

Le ragioni sono varie, non ultima la realizzazione del cambiamento del “volto del vicino di casa”. La presenza straniera si fa sempre più vicina, prossima alle abitudini, alle dinamiche quotidiane degli autoctoni. Diventa necessario relazionarsi con un processo di sostituzione costante e progressivo: lo straniero occupa posti e ruoli prima propri delle persone del luogo, con la sua famiglia introduce dinamiche affettive e relazionali nuove¹⁶. L'effetto è “perturbante”¹⁷ sul piano individuale e collettivo.

Non sono più possibili rappresentazioni della realtà semplici, univoche, nelle quali fissare definizioni confortanti del mondo esterno, saltano le visioni dicotomiche che sapevano distinguere fra familiare ed estraneo, ora ciò che è abitualmente visto come estraneo è divenuto permanente parte di ciò che era familiare. Si percepisce sulla pelle quanto difficile e complessa sia l'assonanza *hostes/hostis*, mancano e necessitano “simboli” comuni.

Nel dibattito pubblico si inaugura un aspro conflitto sui

16Il mutamento nella società è rilevato da una sorta di “coscienza dell'occhio”, fondata su un contatto reciproco tra sguardi che genera diffidenza. Il cambiamento, si sostiene, è registrato soprattutto nei centri e nelle comunità piccoli dove più forte è il lutto per la perdita della coesione sociale locale, cfr. Guolo R., *Identità*, cit., 27

17“Il vacillare dei confini che separano, ma che per ciò stesso *connettono*, il “me” e “l'altro-da-me” destabilizza ogni possibile certezza, introduce una situazione di evanescenza di ogni identità rigidamente definita, generando la perdita di ogni sicurezza precostituita”: cfr. Curi U., *Straniero*, Milano 2010, 54.

problemi relati all'immigrazione ed alla integrazione, al fondo di ciò questioni afferenti al diritto di cittadinanza ed alla visione collettiva della identità nazionale.

L'esperienza aveva rivelato come la cittadinanza avesse perso un ruolo selettivo nei meccanismi di partecipazione fra cittadini e stranieri.

Questi ultimi - titolari dello status di residenti - godono di diritti civili e sociali e ciò fa entrare in crisi il rapporto fra appartenenza e titolarità dei diritti, la stessa sovrapponibilità fra nazione e stato.

In molti Paesi inizia un discussione in ordine alla ridefinizione dei requisiti per la naturalizzazione¹⁸, in altri si consolida la visione di uno stato in cui la cittadinanza è una concessione, una decisione unilaterale d'inclusione in un gruppo legato dal sangue, dalla discendenza.

Si opta per politiche di risposta ad un senso di perdita di identità e di presenza, che rimarchino il “noi” costitutivo di un popolo fondatore che vuole mantenere una identità nazionale che radica la certezza della propria posizione di centralità all'interno dello un stato-nazione¹⁹. La

18In Francia, ad esempio, la disciplina in tema di cittadinanza è riformata nel 1993 con la legge 933 (la normativa è in parte modificata con la legge n.170 del 1998) e l'acquisizione della cittadinanza diviene conseguenza di una assimilazione alla comunità francese e non più uno strumento di integrazione nella stessa.

19“Gli immigrati, troppi e diversi, appaiono agli autoctoni espressione di una palese violazione di antichi confini territoriali e simbolici, che, minacciando la distinzione fra “noi” e “loro”, “puro” ed “impuro”, sollevano ancestrali paure (..) con il loro essere, oggettivamente, metafore viventi del tradimento del progetto nazionale classico e dell'incapacità dello Stato di esercitare piena sovranità nel controllare il territorio e presidiare le frontiere”, cfr. Guolo R., *Identità*, cit., 21.

condivisione dei diritti in uno stato assistenziale si teme che diventi affievolimento, perdita degli stessi in contesti di limitazione e contingentamento delle risorse.

D'altro canto, quel “noi, il popolo” che nel porsi si è autodefinito secondo una afflato universalistico tramite la proclamazione di diritti universali non può legittimamente negare l'altro ormai interno alla comunità. Si descrive qui il difficile paradosso del liberalismo²⁰.

Tutto ciò conduce ad una politica che si pone obiettivi diversi a seconda del suo rivolgersi verso l'esterno, alla gestione dei propri confini, porte di accesso alla comunità, o al suo interno, alla comunità ormai composita in cui intraneo ed estraneo sono volti di una medesima realtà.

Le politiche migratorie dei paesi dell'Europa occidentale, nonostante le diverse posizioni di partenza giuridiche e culturali, dal 1970 in poi sono oggetto di un allineamento che diventerà sempre più radicato con l'instaurarsi e consolidarsi del mercato unico e dell'Unione europea.

Esse si articolano secondo due binari: restrizione degli ingressi di manodopera straniera ed integrazione degli stranieri già residenti dinanzi alla persistenza del fenomeno del ricongiungimento familiare.

Si delinea un agire caratterizzato da un approccio di difesa verso l'esterno, teso alla limitazione delle migrazioni ed al controllo di quelle indesiderate, e di tentata integrazione all'interno che porterà alla distinzione artificiale fra

20Come ricorda la Benhabib, con riferimento alle tesi di Carl Schmitt, il liberalismo – la fede nell'uguaglianza morale universale – e la democrazia – la credenza nell'uguaglianza dei cittadini – sono necessariamente incompatibili, cfr. Benhabib S., *I diritti degli altri*, cit., 15; sul punto v. Habermas J., *Lo stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza* in *L'inclusione*, cit., 119 e ss.

migranti desiderabili/regolari e migranti non voluti/irregolari.

La scelta di chiusura dei paesi dell'area nordeuropea, intrapresa dagli anni Settanta, ha conseguenze di non poco momento e condiziona le forme e la direzione delle migrazioni.

Chiuso l'accesso a nord, i migranti si indirizzano verso i paesi europei dell'area mediterranea, che si trasformano in modo inconsapevole da “esportatori” ad “importatori” di manodopera²¹.

Contingentati gli ingressi per motivi di lavoro, le altre vie praticabili restano i ricongiungimenti familiari e le richieste di asilo, che aumentano in modo considerevole.

Negli anni Ottanta il dibattito pubblico si sposta dal tema della popolazione immigrata per motivi di lavoro a quello dell'asilo. Muta la stessa immagine del richiedente asilo, non più visto come la persona in fuga da persecuzioni, ma come colui che richiede protezione pur non avendone titolo, in modo strumentale e menzognero.

L'aumento del numero delle domande di asilo è oggetto di una drammatizzazione, le cifre vengono denunciate come motivo di scandalo. La maggior parte delle domande proviene da richiedenti del Terzo Mondo, con la fine della Guerra fredda aumenta il numero da persone provenienti dall'Est e dal Sud-Est Europa. L'incremento delle istanze di protezione negli anni Ottanta coincide con una fase di aumento della disoccupazione generale e di crisi della gestione del bilancio sociale degli stati, ciò contribuisce ad

²¹Caso emblematico l'Italia, nel 1974 la bilancia delle migrazioni per la prima volta vede pensare di più numero degli immigrati rispetto agli emigranti.

ingenerare un atteggiamento collettivo – sfruttato demagogicamente per motivi politici – che guarda al richiedente asilo come un “costo” per la società. Sembra mutare qui l'approccio politico ed ideologico alla questione dei profughi e rifugiati.

Al termine della Seconda guerra mondiale in Europa il numero dei profughi, delle displaced people è immane e coinvolge milioni di persone in un divisione del mondo in blocchi. In questo contesto le carte fondative di molti degli stati europei si preoccupano di riconoscere protezione. Per la Costituzione italiana l'asilo è un diritto. La legge fondamentale della Germania federale del 1949 prevedeva che “ i perseguitati politici godono del diritto di asilo” e attribuiva il diritto ad un soggiorno garantito fino alla conclusione della richiesta di asilo²². Le scelte costituenti sembrano assegnare agli oneri materiali per l'accoglienza un peso marginale relativo rispetto alle concezioni ideologiche.

Negli anni Ottanta lo scenario sembra cambiato, così come il volto dei richiedenti asilo. Se durante la Guerra fredda i rifugiati sono soprattutto europei che seguono direttrici Est-Ovest, l'aumento delle domande di protezione da parte di persone provenienti da aree del Terzo mondo pone in crisi il “modello eurocentrico” di rifugiato.

Dinanzi all'arrivo sempre quantitativamente maggiore di queste persone, ci si inizia a domandare se siano “veri

²²Le domande di asilo nella Germania occidentale dalla metà degli anni Ottanta continuano a salire, dalle 100.000 circa nel 1986 alle 400.000 nel 1992. Nel 1993 si decide di intervenire in senso restrittivo sulla disciplina in tema di asilo, cfr. Bade K., *L'Europa*, cit., 250 e ss.

rifugiati” o, invece, “rifugiati per motivi economici” ed a temere “invasioni barbariche”.

In questo periodo i principali paesi di accoglienza – Germania, Francia, Inghilterra – iniziano una politica finalizzata a porre un argine alle richieste di asilo, vengono inasprite le norme ed adottate misure disincentivanti che reindirizzano i migranti verso altri paesi alla ricerca di una porta di ingresso. È il fenomeno del c.d. *asylum shopping*, migranti che orbitano fra i diversi paesi, scegliendo per l'ingresso quelli dai confini più porosi per poi spostarsi verso le mete ultime del proprio viaggio.

Le scelte di chiusura, in un clima di demonizzazione dello straniero, sono fortemente politicizzate e vengono giustificate per ragioni di difesa dello Stato e dell'integrità nazionale.

La chiusura a Nord sposta la direttrice dei flussi migratori verso Sud, aumentano le richieste di asilo in paesi come la Svizzera che dinanzi a tale incremento adotta la politica del *safe country*: tutte le domande presentate da richiedenti provenienti da paesi considerati sicuri sono rigettate. Nel 1990 la Svizzera dichiara paesi sicuri l'Ungheria, la Russia, l'India, la Bulgaria, l'Algeria, l'Angola, la Romania, chi proviene da uno di questi luoghi non ha alcuna possibilità di ottenere l'asilo²³.

Il ricorso alla clausola del *safe country* si estende all'Austria, alla Germania per essere poi consacrata nell'accordo di Schengen II e nella Convenzione di Dublino del 1990²⁴.

23Bade K., L'Europa, cit., 270 e ss.

24Il ricorso alla clausola del *safe country* è stata ribadita recentemente dalla Direttiva 85/2005/CE con cui si definiscono una serie di norme procedurali in materia di asilo. La scelta ha suscitato notevoli perplessità in quanto la domanda presentata

Quest'ultima stabilisce il divieto di domande multiple di asilo e individua come stato competente per l'esame della richiesta quello che ha rilasciato il visto (art 5) o il primo paese in cui lo straniero ha fatto ingresso se irregolare (art 6).

La Convenzione ha come effetto quello di ripartire la responsabilità in ordine alla gestione delle migrazioni in ragione della posizione geografica, ponendo un carico notevole sui paesi affacciati sul Mar Mediterraneo.

In Italia fino al 1989, in ragione dell'adesione alla “riserva geografica” prevista dalla Convenzione di Ginevra, gli stranieri extraeuropei non avevano possibilità di presentare domanda di asilo – essi potevano solo rimanere nel territorio italiano irregolarmente o spostarsi verso i paesi del Nord - e richiedenti protezione erano soprattutto persone provenienti dalla parte orientale dell'Europa.

Tale tipo di selezione aveva causato l'irritazione di numerosi paesi nordeuropei.

L'adesione alla Convenzione di Dublino ha come presupposto l'abolizione della limitazione geografica e come conseguenza l'adeguamento, sul piano europeo, dell'Italia alla disciplina vigente nei grandi paesi di immigrazione.

L'apertura della Cortina di ferro è un evento simbolicamente importante anche con riferimento al fenomeno migratorio in Europa²⁵.

da un cittadino o apolide proveniente da un Paese terzo ritenuto sicuro è in linea di principio considerata infondata; se il Paese è europeo la domanda non oggetto di esame.

25Le trasformazioni sociali e politiche seguite agli eventi del 1989 portano ad una accelerazione dei flussi migratori che scardina l'idea di un loro carattere temporaneo: l'immigrazione viene

Il suo aprirsi spalanca paure di immigrazioni incontrollabili dall'Est, rianima le polemiche in ordine alla natura “vera” o “falsa” delle richieste di asilo, spinge gli Stati ad una armonizzazione della disciplina in materia a livello sovranazionale in vista dell'apertura del mercato europeo interno.

Le politiche migratorie sono gestite in questo clima come una questione di sicurezza nazionale sia all'interno dei confini statali che a livello comunitario: l'Europa si rappresenta come sottoposta alla minaccia di essere travolta da onde di migranti provenienti sia da Sud, ed ora, anche, da Est.

Parole d'ordine sono chiusura ai confini, integrazione nei confini.

Dagli anni Ottanta prevalgono posizioni di chiusura e vengono alla ribalta atteggiamenti xenofobi.

Il tema dell'immigrazione è drammatizzato da partiti e movimenti politici sfruttando un clima di insicurezza sociale dovuto anche alla creazione di strutture multietniche, dinanzi alle quali in senso di “spaesatezza” degli autoctoni dà origine a processi di integrazione negativa, che si ripercuotono sulle generazioni nate dalle migrazioni per motivi di lavoro.

In un clima sempre più esacerbato, che erode i margini delle scelte politiche, si consolida l'idea che la chiusura sia un presupposto dell'integrazione, che debba distinguersi fra chi è già dentro e chi arriva, limitandone possibilmente l'accesso: sono qui le radici di quella politica europea, che

concepita dal punto di vista dell'ordine pubblico. Il tema dell'integrazione rimane in secondo piano, discuterne pubblicamente implicava riconoscere il carattere strutturale del processo migratorio e affrontare il tema dell'identità altrui e propria, cfr. Guolo R., *L'identità*, cit., 8.

qualifica le migrazioni come una questione di sicurezza e che trova ancora oggi più semplice accordarsi sulle modalità di allontanamento degli stranieri piuttosto che sulla gestione comune degli ingressi.

Emblematico come nel correre del tempo muti la capacità descrittiva del termine straniero: se negli anni Cinquanta esso indica gli europei del Sud emigrati nei paesi settentrionali dell'Europa stessa, a partire dagli anni Settanta la parola comincia ad essere utilizzata per rivolgersi soprattutto, e poi esclusivamente, a coloro che vengono dal di fuori dei confini europei: l'idea di estraneità cambia, si sposta sugli “altri” secondo una cadenza che acquista un'accezione culturalistica²⁶.

Si susseguono a cavallo e dopo la caduta del muro di Berlino previsioni sui prossimi flussi migratori che prospettano lo spostamento di milioni di persone, si descrivono “inondazioni”, “invasioni”, migrazioni di interi popoli.

Tali previsioni si rivelano, alla prova dei fatti, irrealistiche. Le migrazioni si verificano e le richieste di ingresso riguardano in modo particolare Germania ed Italia.

Gli eventi si susseguono incalzanti, la crisi dell'URSS, la dissoluzione della Jugoslavia, l'implosione dell'Albania ad Est, guerre fratricide a Sud: un potenziale emigratorio esiste, ma l'invasione non avviene nonostante i flussi non siano di poco momento²⁷.

26La normativa europea, emblematica la direttiva 115/2007/UE, e nazionale, in particolare il d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, in tema di immigrazione si applica ai soli “cittadini di paesi terzi”, non appartenenti all'Unione europea.

27Negli anni '90 in Italia si assiste al raddoppio dei soggiorni, da 649.000 a fine 1991 a 1.341.000 nel 2000, è questo il periodo in cui si registra il maggior numero di ingressi di persone

Sembra innestatosi un circolo vizioso al cui interno la paura degli stranieri alimenta ed è alimentata da scelte politico-legislative che descrivono lo stato delle cose in termini emergenziali selezionando ed amplificando esigenze di sicurezza.

È questa una tendenza che si mantiene costante e che supera indenne il passaggio dal vecchio al nuovo millennio e che negli avvenimenti trova una nuova linfa.

In Europa con l'Atto unico europeo del 1986 inizia la creazione di un mercato comune che comporta l'eliminazione delle barriere interne alla libera circolazione di persone, capitali e servizi. Proseguono, si intensificano i processi di integrazione fra gli Stati membri della Comunità (oggi Unione) europea, mentre la gestione dei confini esterni rimane appannaggio dei singoli stati che operano attraverso accordi bi o plurilaterali.

Con il trattato di Maastricht del 1993 e di Amsterdam nel 1997 ²⁸si procede alla comunitarizzazione della disciplina dei permessi e dell'asilo, nel 1999 si eliminano i controlli ai confini interni con l'impegno di spostarli sui confini esterni.

È un periodo in cui il processo di allineamento degli Stati è lungo e complesso, in cui restano prioritari i controlli, la lotta criminalità, la chiusura all'immigrazione indesiderata. Con il Consiglio europeo di Tampere del 1999 si consolida

provenienti dalla penisola balcanica. Rispetto alla popolazione autoctona gli stranieri non superano il 2% del totale, cfr. Puggioni M., *L'immigrazione*, cit.,14.

28Con il Trattato di Amsterdam il contenuto del Trattato di Schengen, il settore della politica dei visti, di asilo e immigrazione passa dalla cooperazione intergovernativa (terzo pilastro) alla competenza dell'Unione (primo pilastro).

un politica migratoria che nella sostanza rimane invariata nel corso del tempo, fondata sulla necessità di una comune azione in materia di asilo, su un equo trattamento degli stranieri presenti legalmente sul territorio europeo e sulla collaborazione con i paesi d'origine dei migranti sia per prevenire le partenze quanto per favorire i rimpatri.

1.2.3 LE MIGRAZIONI OGGI.

I drammatici eventi d'inizio millennio polarizzano la descrizione fornita del mondo, a fronteggiarsi Oriente ed Occidente secondo una dicotomia già nota alla storia.

Si innesca un corto circuito in cui l'immagine del nemico, i cui tratti sono di difficile delineazione, si sovrappone a quella dello straniero. Il pericolo è sentito venire dal di fuori della comunità, nella sua estraneità ha il volto degli “estranei” per eccellenza.

Si susseguono programmi di lotta, le democrazie occidentali si armano anche contro l'immigrazione clandestina: si pattugliano le coste ed i confini, si stringono intese che delegano a Stati extraeuropei il compito di filtrare, se non impedire, le partenze dei migranti, si riformano in senso restrittivo le discipline nazionali in tema di ingresso.

Tale approccio si radica in un clima generale nei confronti del fenomeno migratorio già diffidente, chiuso, tinto, in

non rari casi, da razzismo. Questo sentire è oggetto spesso di strumentalizzazione che spinge ad alzare barriere, all'isolamento ed all'esclusione.

La risposta dalle comunità immigrate è duplice: un atteggiamento di chiusura nella propria rete di relazioni per una pluralità di ragioni da un lato ed una richiesta di partecipazione, di inclusione dall'altro. Un'istanza che nasce nelle seconde generazioni e nei nuovi migranti che si costruiscono una identità che vuole colmare una “doppia assenza”²⁹: non più figli della terra di provenienza, non ancora membri della comunità di destino.

L'incontro è spesso uno scontro in cui, assenti simboli comuni, molti sono i pregiudizi; i maggiori attriti fra le classi più povere, disagiate della società dove le miserie diventano rivali.

La risposta politica proclama, spesso urla, la chiusura agli arrivi e l'espulsione degli arrivati, cerca soluzione nella cancellazione del problema e nella selezione di stranieri “integrabili”.

L'allargamento ad Est³⁰ dell'Unione europea iniziato nel 2004 favorisce un contenimento dei flussi migratori, i

29Sayad A., *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano 2002.

30Secondo il rapporto Eurostat n. 1 del 2011 *Population and social condition* pubblicato su <http://ec.europa.eu/eurostat> fino al 2008 più del 55% di tutti i migranti nei paesi dell'Unione proveniva da altri stati europei, in particolare dalla Romania, dalla Polonia e dalla Bulgaria. Gli stati membri dell'Unione hanno accolto nel 2008 384 mila cittadini romeni, 266 mila polacchi, 91 mila bulgari. Principali paesi di destinazioni di tali gruppi migranti sono stati l'Italia (che ha accolto il 46% dei romeni), la Spagna (il 19%). I migranti polacchi si sono indirizzati soprattutto in Germania, che ne ha accolto circa il 45%.

confini vengono spostati, allontanati soprattutto da paesi quali la Germania, meta preferita dei migranti sulla rotta proveniente da Oriente. Viene fondata l'agenzia FRONTEX, con sede a Varsavia, preposta al coordinamento e controllo dei confini e costituito un fondo di sostegno economico³¹.

Sono favoriti partenariati con i paesi di partenza³².

Il coordinamento fra i paesi membri dell'Unione è lento ma progressivo. Più semplice l'intesa in tema di asilo,

31L'Unione europea ha lanciato nel 2004 un programma quadriennale di aiuti specifici intitolato AENEAS, al fine di fornire aiuti finanziari e tecnici ai paesi terzi per favorire una migliore gestione dei flussi emigratori, delle procedure di riammissione degli stranieri e per favorire la formazione di una legislazione adeguata in materia. Il programma è stato rinnovato fino al 2013 con uno stanziamento di 380 milioni di euro.

32Numerosi sono gli accordi fra i paesi dell'area mediterranea. In particolare l'Italia stringe intese con l'Albania nel 1991, con la Libia tramite l'accordo stipulato il 13 dicembre 2000 (pubblicato sulla G.U. Serie generale n. 111 del 15 maggio 2003). Nell'ultimo accordo, Trattato Italia-Libia firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, erano previste disposizioni immediatamente precettive in ordine alla lotta all'immigrazione clandestina, cfr. Ronzitti N., *Il Trattato Italia-Libia, amicizia, partenariato, cooperazione*, Servizio Studi del Senato della Repubblica, 2009. Secondo le informazioni fornite dal Ministero dell'interno al 2010 l'Italia ha stipulato accordi bilaterali sul contrasto all'immigrazione clandestina con Ghana, Niger, in via di conclusione intese con Senegal e Gambia; l'Italia ha sottoscritto a livello bilaterale 30 Accordi di riammissione, ha firmato protocolli bilaterali di attuazione degli accordi comunitari di riammissione con la Serbia, negoziati in corso con la Russia, v. Rapporto del Ministero dell'interno, *iniziative per l'Italia. Sicurezza, immigrazione e asilo* pubblicato sul sito www.interno.it.

ricongiungimenti, rimpatri³³, più complesso affrontare il problema della gestione degli ingressi, della determinazione di criteri comuni per la fissazione delle quote di stranieri da ammettersi, traguardo oggi non ancora raggiunto³⁴.

È quest'ultimo un settore particolarmente sensibile, che interferisce non solo con la pretesa degli Stati membri di non rinunciare alla propria sovranità in ordine alla regolazione degli ingressi ed alla determinazione del numero degli immigrati autorizzati, ma anche con la difficoltà dell'Europa di discutere la propria identità, di definire e riscoprire le proprie radici culturali in una fase di scelte “costituenti”. Singoli Paesi si interrogano sulla propria identità nazionale³⁵.

33Vengono adottate le direttive 2004/83/CE (c.d. Direttiva qualifiche) e 2005/85/CE (c.d. Direttiva procedure) in tema di asilo, la direttiva 2009/83/CE sui ricongiungimenti familiari e la direttiva 2008/115/CE in tema di rimpatri.

34Recentemente, il 13 dicembre 2011, il Parlamento europeo ha adottato la Direttiva 2011/98/UE sul permesso di soggiorno unico che permetterà ai cittadini di paesi terzi regolarmente residenti nel territorio di uno Stato membro di ottenere con un'unica procedura i documenti utili al soggiorno ed al lavoro. Rimane prerogativa degli Stati membri la decisione di ammettere i cittadini extracomunitari sul territorio nazionale così come il numero di immigrati autorizzati.

35Emblematico il caso francese. Nell'ottobre del 2009 Eric Besson, il titolare del dicastero dell'immigrazione, integrazione e identità nazionale – creato nel 2007 e recentemente soppresso –, ha promosso un *Grand débat sur l'identité national* voluto per coinvolgere politici, amministratori, intellettuali, cittadini in un dibattito sul significato attuale “dell'essere francesi”, sul presupposto, secondo il ministro, che “l'idea di Nazione rappresenta un valore imprescindibile di fronte alle sfide poste dalla deriva dei nuovi integralismi, dallo sviluppo delle attuali

Nel dicembre 2009 entra in vigore il Trattato di Lisbona in un'Europa ormai allargata, ma in forte fibrillazione. È la vigilia di eventi ancora in corso che ridisegnano gli scenari politici sulla sponda sud del Mediterraneo in un clima mondiale di grave crisi economica.³⁶

Riprende a soffiare quel vento verso Nord, mai quieto, che scuote le nostre porte di ingresso, mette aria nelle vele dei migranti e che sempre più pressantemente ci interroga, chiedendoci quale sia la comprensione di noi stessi e degli altri. E quali siano le risposte che vogliono fornire.

forme di comunitarismo e regionalismo, dalla costruzione progressiva dell'identità europea, dalla mondializzazione dell'economia", cfr. Di Rienzo E., *Un referendum sull'identità nazionale*, il Giornale del 11/01/2010; Henri L. B., *La Francia e l'identità nazionale, un dibattito che Sarkozy deve chiudere*, Il corriere della sera 08/01/2010.

³⁶Secondo le indagini effettuate sull'opinione pubblica secondo (rapporto *Transatlantic Trends Immigration 2010*) per la maggior parte degli europei come per gli immigrati la crisi economica internazionale è oggi fra i più gravi problemi da affrontare. Continua una percezione negativa dell'immigrazione che comporta una sovrastima della presenza degli stranieri. Quest'ultimi ammontano secondo i dati Eurostat al 6% della popolazione europea complessiva; secondo le rilevazioni Eurostat l'immigrazione negli Stati membri nell'Unione europea è diminuita, con un andamento costante dal 2008, circa del 6%, mentre l'emigrazione è aumentata circa del 13 %, v. rapporto Eurostat rapporto n. 1 del 2011 *Population and social condition* pubblicato su <http://ec.europa.eu/eurostat>.

1.3 MODELLI DI MIGRAZIONE.

A partire dall'ultimo decennio del secolo scorso vi è stato un continuo proliferare di normative in materia di immigrazione sia sul piano europeo che statale.

Esigenze regolatorie si sono accompagnate a discipline sempre più restrittive per l'ingresso al Vecchio continente e le norme, esplicando il loro potere performativo, hanno modellato e dato una forma alla realtà.

L'odierno fenomeno migratorio è il prodotto artificiale, nella sua problematicità e complessità, di una azione di normazione, che ha utilizzato divieti o comandi come uno scalpello.

Se le migrazioni fanno parte della condizione umana, la loro distinzione in regolari ed irregolari è frutto di una decisione che ne ha fissato i criteri. Se, come processi sociali, le migrazioni sono la risposta a condizioni di esistenza più o meno complesse, è una scelta porre una regolazione cadenzata secondo le ragioni del migrare stesso.

Vi è una molteplicità di forme di movimento, di comportamenti e di motivazioni collettive che si possono osservare nello studio delle migrazioni, ma non può trascurarsi quella catena di azioni e reazioni generata dalle scelte politico-legislative. La chiusura, ad esempio, nella seconda metà del secolo scorso agli accessi per motivi di lavoro ha spinto i migranti a far venire presso di sé le proprie famiglie, inaugurando un nuovo tipo di flusso.

In via generale possono individuarsi una pluralità di forme

di migrazione. Ci soffermiamo brevemente su quelle più aderenti allo scopo del nostro lavoro.

Il flusso più stabile e duraturo nel tempo è dato dai ricongiungimenti familiari; questa forma di migrazione diviene sempre più importante in ragione della limitatezza dei permessi³⁷.

Essa riguarda i solo immigrati già presenti sul territorio ed opera a scapito degli altri gruppi, costretti spesso ad ingressi irregolari.

Un ulteriore settore degli accessi riguarda le migrazioni per lavoro, al cui interno è necessario distinguere fra un livello alto di migrazioni che coinvolge le *élites*, ed un livello basso composto da persone di modeste condizioni, spesso prive di un grado di specializzazione o comunque messe in movimento dal bisogno³⁸.

La mobilità delle *élites* è un fenomeno rilevante, che ha avuto una grande espansione in Europa con la fine della Guerra fredda e la nascita del mercato unico che ha eliminato le barriere al movimento di persone, servizi e merci.

Dagli anni Novanta in poi questo flusso è notevolmente aumentato, si è globalizzato godendo di una mobilità

37 Nell'Unione europea il 28,2% del totale dei nuovi permessi di soggiorno rilasciati dal 2009 sono stati concessi per ragioni correlate alla famiglia; il 27,6% per motivi di lavoro, il 21,8% per motivi di studio. Si è registrata una diminuzione dei permessi per motivi di lavoro e di famiglia, mentre è aumentato il numero di permessi di soggiorno concessi per motivi di studio. Questi ultimi sono stati richiesti soprattutto da cittadini cinesi, v. Eurostat rapporto n. 43 del 2011 *Population and social condition* pubblicato su <http://ec.europa.eu/eurostat>.

38 Koser K., *Le migrazioni*, cit., 27.

illimitata in entrata ed in uscita dai confini territoriali. È divenuta simbolo di una posizione di vertice nella scala sociale.

Fanno parte di questo gruppo di migranti elitari non solo i funzionari di grandi multinazionali, ma anche gli scienziati, gli artisti, coloro che si muovono per motivi di formazione, specializzazione professionale.

I numeri sono alti, ma in questo caso non si pongono problemi di tipo politico.

Guardati con favore, questi migranti non naufragano in prossimità dei confini.

Alla base della piramide ci sono persone che si spostano nel quadro di accordi bilaterali fra i paesi e che necessitano di rientrare nelle quote di ingresso stabilite per ottenere il permesso di soggiorno³⁹.

Spesso questi lavoratori occupano posizioni ed accettano salari per i quali gli autoctoni non sono più disponibili, riempiono dei vuoti di manodopera soprattutto nelle attività di tipo stagionali, nei lavori agricoli e nell'edilizia⁴⁰.

A questo gruppo devono aggiungersi le migrazioni temporanee⁴¹, che hanno luogo soprattutto presso i confini orientali, dove forte è lo squilibrio nella misura dei salari fra i paesi contigui. Lavoratori qualificati superano il confine per svolgere attività umili, che non richiedono specializzazioni in ragione del miglior trattamento economico.

Si è dinanzi ad un fenomeno di internazionalizzazione della mobilità per lavoro di basso salario che non

39Koser K., *Le migrazioni*, cit., 25 e ss.

40Puggioni M., *L'immigrazione*, cit., 19.

41Koser K., *Le migrazioni*, cit., 139; Bade K. *L'Europa*, cit., 280 e ss.

coinvolge solo uomini provenienti da paesi extraeuropei⁴².

Altra forma di migrazione riguarda coloro che richiedono asilo o, comunque, una forma di protezione temporanea.

È questo un fenomeno particolarmente complesso che soffre della discrasia fra teoria e realtà⁴³.

Sul piano internazionale il principale strumento di tutela legale è dato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sullo status di rifugiati del 1951 che definisce il rifugiato come “colui che temendo si essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del paese di cui è cittadino” (art. 1).

Tale definizione rimane la più diffusa a livello internazionale, ma soffre di un vizio di origine che non la rende sempre in grado di cogliere i fenomeni attuali: la Convenzione nasce focalizzandosi sul tipo persecuzioni perpetrate durante la Seconda guerra mondiale, oggi chi cerca rifugio chiede scampo da generali situazioni di conflitto più che da specifiche persecuzioni politiche, inoltre aumenta il numero di persone in fuga da devastanti calamità naturali⁴⁴.

Gli Stati moderni considerano di particolare importanza

42Aumentano i cittadini dei paesi membri che si spostano all'interno dell'Europa dalle aree più povere a quelle più ricche sulla direttrice sia est-ovest che nord-sud alla ricerca di condizioni lavorative e salariali migliori di quelle praticate nel luogo di partenza. Il fenomeno riguarda anche l'Italia, le emigrazioni per lavoro sono diminuite, ma non cessate verso paesi come la Germania, dove il fenomeno del caporalato e del lavoro nero è diffuso soprattutto nell'edilizia.

43Rescigno F., *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, 157.

44Koser K., *Le migrazioni*, cit., 90.

esser visti quali “terre di asilo”, ma nella pratica delle scelte politiche effettuate è particolarmente difficile l'esercizio di un diritto di riparo e protezione che ha il suo limite nella sovranità dello Stato di accoglienza che ne fissa i presupposti⁴⁵. Diritto consacrato nelle carte fondative di paesi quali la Francia, la Germania, l'Italia, la Spagna, l'asilo è rimesso alla disciplina di attuazione della legge ordinaria, attuazione che soffre spesso la paura di flussi incontrollabili provenienti dai paesi più poveri del pianeta⁴⁶.

Il rischio di una pressione migratoria da Sud e da Est esiste, *pull-factors* sono la necessità di fuggire dalla violenza e, non da ultimo, gli effetti dei mutamenti climatici che stanno trasformando milioni di persone in “profughi ambientali” per sfuggire a cataclismi naturali⁴⁷.

45La ricognizione delle fonti di diritto internazionale, attraverso atti e prassi conduce ad affermare che il diritto di asilo dipende in gran parte dalla sovranità dello Stato, salvo per il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, che è norma di diritto internazionale generale e che si esprime nel divieto di *refoulement* (art. 33 Conv. Ginevra), v. Rescigno F., *Il diritto*, cit., 89

46Norme che regolano l'azione degli Stati nei confronti dei rifugiati trovano fonte, insieme alla Convenzione del 1951, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, in norme consuetudinarie ed accordi internazionali. I principali diritti riconosciuti sono il diritto di lasciare il proprio paese ed il divieto di *refoulement*. A livello europeo, l'Unione ha adottato in materia le direttive 2004/83/CE (c.d. Direttiva qualifiche) e 2005/85/CE (c.d. Direttiva procedure) che hanno trovato attuazione in Italia rispettivamente con il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 ed il d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25.

47Secondo il rapporto di legambiente del 2008 – reperibile su www.legambiente.it – in ragione dei mutamenti e cataclismi climatici si contano sul nostro pianeta circa 20 milioni di

Enorme è il divario strutturale fra i Paesi occidentali ed il c.d. Terzo Mondo a causa della disparità economica, del processo di globalizzazione, dei tassi demografici. Questo insieme di ragioni è reso più grave e complesso da situazioni di conflitti armati⁴⁸ motivati dalla lotta per le risorse⁴⁹ quanto da cause remote innescate o aggravate da un processo di decolonizzazione che ha lasciato da sole le ex colonie ad affrontare gravi problemi⁵⁰.

profughi. Si tratta di persone che spesso non superano i confini territoriali dei paesi di appartenenza, ma che si muovono al loro interno. Con riguardo agli ultimi eventi di cronaca, v. Gandolfi S., *Mongolia, fuga dal grande inverso* in Corriere della sera del 16/02/2012.

48Le guerre hanno importanti implicazioni sui flussi migratori. I conflitti contemporanei avvengono soprattutto all'interno di stati, fra gruppi di diverse etnie o religione, generando una sorta di “privatizzazione” della guerra, combattuta sempre più da milizie e gruppi mercenari che da eserciti ufficiali. Sono in aumento le vittime civili rispetto ad i soldati e, specialmente in Africa, i conflitti tendono a durare molto nel tempo. Il numero dei rifugiati inoltre aumenta in quanto il dislocamento della popolazione diviene spesso un obiettivo strategico per scopi bellici, per tutti Kaldor M., *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'era globale*, Roma, 1999.

49La squilibrata distribuzione delle risorse è causa dei conflitti c.d. idrici per il possesso dei flussi di acqua che segnano i confini dei Paesi, emblematico il caso del lungo conflitto fra israeliani e palestinesi. Secondo l'UNHCR – i dati sono stati pubblicati su www.unhcr.org - la maggior parte degli apolidi a livello mondiale sono palestinesi.

50Emblematico il conflitto “etnico” che ha avuto luogo in Ruanda fra gli Hutu ed i Tutsi. La distinzione della popolazione in questi due gruppi è frutto di una attività creativa realizzata dai Tedeschi prima, dai Belgi durante il periodo coloniale. Essi non avevano trovato due etnie con caratteri distinti che rivendicavano la propria identità, ma hanno proceduto ad una distinzione posta

Un'economia stagnante, la frequenza dei conflitti, l'instaurarsi di governi autoritari o dittatoriali, la mancanza di prospettive sociali innescano movimenti centrifughi che riguardano in special modo le classi benestanti nei paesi di partenza, coloro che hanno le risorse per poter affrontare i costi di viaggi lunghi e dispendiosi. Fuggono i “ cervelli”, lasciando vuoti che i programmi di aiuto umanitario non riescono a colmare⁵¹.

Le classi più misere e prive di risorse non partono per carenza di mezzi e di conoscenze. La parte maggiore dei circa 150 milioni di esseri umani coinvolti in movimenti migratori a livello planetario si è spostata all'interno del Terzo Mondo, ed in particolare in Africa⁵².

Secondo i dati Eurostat⁵³, l'Europa accoglie oggi il 7% del

per iscritto attraverso un sistema di anagrafe. Il criterio distintivo fra Hutu e Tutsi era dato dal numero di bovini posseduti: gli individui maschi con dieci o più bovini erano Hutu, quelli che ne avevano meno Tutsi: cfr. Remotti F., *Contro l'identità*, Bari 2009, 54 e ss.

51 Koser K., *Le migrazioni*, cit., 65

52 I dati sono tratti dalle rilevazioni dell'UNHCR e sono reperibili sul sito www.unhcr.org. Secondo l'agenzia i rifugiati nel mondo ammontano circa a 10 milioni di persone, provenienti soprattutto da Afghanistan, Sudan, Burundi, repubblica democratica del Congo, Somalia, di questi molti sono stabiliti nei paesi confinanti. L'UNHCR stima che solo in Sudan si trovino circa 6 milioni di *internally displaced people*, persone costrette a lasciare la propria casa senza riuscire ad espatriare.

53 Secondo le rilevazioni, effettuate con riferimento all'intero territorio dell'Unione, dall'Istituto europeo di statistica dal 2009 le richieste di asilo sono in diminuzione. I paesi che sono principale meta dei richiedenti sono la Francia, la Svezia, il Belgio, la Germania, la Gran Bretagna. In terzo dei richiedenti sono donne, mentre uno su cinque sono minori di 13 anni. In media 4 domanda su 10 vengo accolte, in particolare è accolto il

totale dei rifugiati reinsediati a livello mondiale: numeri che per l'Europa sembrano imponenti, sono insignificanti nel continente africano⁵⁴.

L'Europa ha lasciato pochi varchi aperti: la migrazione legale riguarda i ceti medio-alti che si muovono per ragioni professionali o di formazione, i ricongiungimenti familiari e l'accoglienza secondo stretti canoni di coloro che chiedono asilo.

Sono stati decisi i gruppi di migranti ritenuti accettabili e ciò comporta che la loro selezione avviene secondo gli interessi dei Paesi di destinazione.

In particolare l'asilo si rivela essere uno strumento debole che riflette una fase paleoliberales del costituzionalismo⁵⁵, le problematiche che giacciono sul suo fondo attengono ai criteri utili per fissare i confini contro le migrazioni indesiderate piuttosto che per definire margini a apertura.

Parte delle migrazioni avviene in violazione delle normative che regolano gli accessi ai Paesi di destinazione⁵⁶.

45% delle domande di asilo presentate da afgani, il 52% di iracheni, il 75% da somali. Più del 20% dei richiedenti asilo proviene da Afghanistan, Russia e Serbia (di questi circa 4 richiedenti asilo su 10 sono minori), v Eurostat rapporti n. 1, 5 e 34 del 2011 *Population and social condition* pubblicato su <http://ec.europa.eu/eurostat>.

54Nel 2011 in ragione dei moti rivoluzionari che si sono svolti nei paesi nord-africani – la cd “primavera araba” - si sono registrati secondo i dati del Ministero degli interni italiano circa 25.000 arrivi sul nostro territorio. Sul confine fra Tunisia e Libia i profughi sono ammontati ad un numero prossimo ai 2 milioni di persone.

55Ferrajoli L., *Diritti fondamentali*, Bari, 2008, 25.

56Le migrazioni irregolari sono di per sé un fenomeno complesso,

Una prima ipotesi riguarda i c.d. *overstayers* o *sans-papiers*, coloro i quali entrano con visto o che hanno un permesso di soggiorno temporaneo, ma che si trattengono oltre la scadenza del titolo. Il passaggio all'illegalità avviene in questo momento⁵⁷.

Un secondo gruppo ricomprende quei migranti che attraversano il confine senza o con documenti falsi.

Sono i c.d. clandestini, che si nascondono per poter entrare e restano non visti durante la loro permanenza.

Questa condizione di illegalità porta con sé la commissione necessitata di successivi illeciti: all'ingresso irregolare segue una permanenza della medesima fatta, l'assunzione al lavoro, come la locazione di appartamenti, non potrà che svolgersi in violazione delle disposizioni di legge.

In entrambe i casi descritti si verifica, in modi diversi, un aumento del settore informale in particolare nell'edilizia, nei servizi di assistenza alla persona, nei lavori stagionali nei campi.

Sul punto sono possibili solo stime⁵⁸, ma il lavoro degli

con molte sfaccettature interne. Sul riconoscimento che un migrante può divenire irregolare in molti modi v. Koser K., *Le migrazioni*, cit., 72.

57Studi sulle migrazioni irregolari distinguono fra “dati di flusso” e “dati di stock”, con la prima locuzione il riferimento è al numero di migranti che entrano irregolarmente, con la seconda a coloro che sono già presenti nel territorio nazionale. Sul punto non vi sono dubbi che il dato di stock superi in modo significativo i nuovi arrivi: gran parte degli immigrati irregolari si trova già nel paese di destinazione e spesso è parte integrante della società in cui si trovano, cfr. Koser K., *Le migrazioni*, cit., 76.

58Secondo Caritas/Migrantes, *Dossier statistico immigrazione 2010*, Roma, 2010 in Italia si stima che gli stranieri irregolari

stranieri irregolari occupa un'ampia fetta delle economie nazionali.

Le migrazioni irregolari sono gestite spesso da organizzazioni che operano a livello internazionale.

La chiusura dei confini dei Paesi occidentali del mondo ha creato catene di raccordo di tipo illegale con i porti di partenza: il divieto di ingresso è stato terreno fertile per gruppi criminali specializzati nella raccolta e nel trasporto, con mezzi di ogni genere, dei migranti⁵⁹.

Sono questi viaggi costosi, di lunga, spesso lunghissima durata, che si diramano secondo percorsi che ricercano le vie di accesso più porose e che vedono lo sfruttamento dei migranti come costante⁶⁰.

ammontano ad un numero prossimo ai 500.000, nonostante le recenti regolarizzazioni. Radicato il fenomeno del sottoutilizzo della forza lavoro immigrata soprattutto negli impieghi con bassa specializzazione e poco retribuiti. In particolare secondo il *Rapporto sullo stato dell'agricoltura 2010*, il lavoro degli stranieri si estende a tutto il territorio nazionale ed ha acquisito un carattere di insostituibilità in cui il “nero” è una drammatica costante. Emblematici i fatti accaduti a Rosarno nel 2009 e 2010, v. Mangano A., *Gli africani salveranno Rosarno. E, probabilmente anche l'Italia*, Terrelibere.org 2009; Commissione sulle libertà civili, giustizia ed affari interni, *Relazione della commissione di indagine del Parlamento europeo sui fatti di Rosarno*, 15-17 febbraio 2010 pubblicata su www.asgi.it.

⁵⁹Koser L., *Le migrazioni*, cit., 77.

⁶⁰Un elevato numero di persone muore nel tentativo di raggiungere l'Europa attraverso il Mediterraneo. È questa una conoscenza che deriva anche dalla mera cronaca giornalistica. Il numero di esseri umani che hanno perso la vita nei loro viaggi della speranza è impossibile da calcolare, mancano sul punto stime attendibili. Che i cadaveri che giacciono sul fondo del mare siano in grande quantità lo raccontano i marinai siciliani, che spesso ne pescano i resti, cfr. Bellu G., *I fantasmi di*

Ultima forma di migrazione riguarda coloro che superano i confini per scopi criminali o per sfuggire alla persecuzione dei reati commessi. Anche in tale ipotesi si è dinanzi ad un fenomeno complesso ed organizzato in cui interviene la collaborazione delle comunità già presenti nel paese di arrivo, delle reti migratorie dipanatesi nel tempo, delle organizzazioni criminali e mafiose oggi presenti in tutta Europa⁶¹.

Tutte queste forme di migrazioni irregolare hanno punti di convergenza.

Sebbene diverse fra loro i rischi di intersezioni non sono di poco momento. L'irregolarità si verifica essere un bacino di illegalità, cui organizzazioni criminali attingono per incrementare traffici vietati.

È qui necessario sottolineare come lo straniero in condizione di irregolarità non può che continuare a sopravvivere in modo clandestino, celato alla legge.

Questa condizione, salvo regolarizzazione, è necessitata: la mancanza del permesso di soggiorno permette accesso solo ai settori informali della società.

Le contaminazioni fra migrazione e criminalità sono molte e varie, è possibile in via generale operare una distinzione fra un settore informale che presta determinati servizi ed una area propria della criminalità organizzata, a cui il maggior numero di stranieri, sebbene irregolare, non fa accesso.

Portopalo. Natale 1996: la morte di 300 clandestini ed il silenzio dell'Italia, Milano, 2006.

61Bade K., *L'Europa*, cit., 276 e ss.

Capitolo secondo.

L'Italia dinanzi al fenomeno migratorio.

2.1 SCELTE POLITICO-LEGISLATIVE.

Il nostro Paese si racconta ancora oggi nel testo costituzionale come una comunità che chiede di uscire dai propri confini, una società migrante che guarda la proprie frontiere come porte d'uscita per rifondare “piccole Italia” altrove.

L'esperienza di essere meta di flussi migratori appartiene alla storia recente⁶².

Solo agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso quelle porte che chiedevano di essere aperte per uscire, hanno visto invertito il proprio senso per spalancarsi all'interno del territorio nazionale e non più solamente al suo esterno⁶³.

62Nel 1974 per la prima volta il numero degli immigrati ha superato quello degli emigranti.

63Nel 1970 gli stranieri sono 143.838 e al 1979 sono superate le 200.000 unità. Un'impennata si ha tra il 1979 ed il 1980, si passa da 205.449 a 298,749 con un incremento del 45,4%. Nel 1987 gli stranieri superano le 500.000 unità e la variazione è dovuta alla prima regolarizzazione avvenuta fra il 1986 ed 1988. Negli anno '90 il numero degli stranieri raddoppia, nel 1997 è superato il milione di unità. L'incremento della popolazione straniera nell'ultimo decennio è stato costante, al primo gennaio del 2001

È questo un cambiamento che ha mutato il volto del nostro Paese, si contano oggi circa cinque milioni di stranieri che hanno occupato in modo stabile spazi sociali in un contesto sempre più complesso e sfidante.

Questo cambiamento è avvenuto in sordina dinanzi alla distrazione di un legislatore che ha deciso di intervenire per la prima volta in modo sistematico solo nel 1990 con la legge n. 39 (c.d. legge Martelli)⁶⁴ e successivamente con la legge 6 marzo 1998, n. 40, recante «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (c.d. legge Turco-Napolitano), alla quale ha fatto seguito il decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286, al passo fissato dall'Unione europea⁶⁵.

dei circa 1 milione e 271 mila stranieri residenti in Italia l'83,7% risiedeva nel Nord e nel Centro ed il 6,2% nel Sud. Ad oggi nel nostro Paese sono residenti circa e rappresentano il 7% circa della popolazione. Sono distribuiti prevalentemente al Nord, la Lombardia è la prima Regione per numero di stranieri residenti, pari circa al 23% del totale, quasi il 10% nella sola provincia di Milano. I dati sono tratti dal sito del Ministero dell'interno www.interno.it e dai Rapporti XX e XXI della Caritas/Migrantes, *Immigrazione. Dossier statistico*, Roma, 2010 e 2011.

64Precedentemente con la legge 30 dicembre 1986, n. 943 si registra un primo intervento in materia di immigrazione, ma con riferimento alle sole questioni attinenti al settore lavoro.

65La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 13 riformula l'art 117 Cost., il quale assegna alla legislazione esclusiva dello Stato sia il diritto di asilo e la condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea (art 117, comma 2, lett. a), Cost.) sia la materia dell'immigrazione (art 117, comma 2, lett. b), Cost.), contemplando la possibilità nell'art 118, comma 3, che la legge statale, quando all'esercizio di funzioni amministrative, in materia di immigrazione, disciplini forme di coordinamento fra Stato e Regioni.

Fino a quel momento la normativa in materia era contenuta nel Testo unico della legge di pubblica sicurezza risalente al 1931.

In quest'ultimo solo sedici gli articoli che disciplinavano la condizione dello straniero e che risultavano insufficienti ed inadatti per far fronte ad un fenomeno sempre più complesso, le cui dimensioni erano in crescita con le connesse problematiche: pesanti gli oneri a carico degli stranieri, privi di disciplina settori importanti come il lavoro, la cura e l'istruzione dei figli, i ricongiungimenti familiari.

Ampio fu il ricorso alla circolari ministeriali, della cui legittimità si dubitava in ragione della riserva di legge posta in materia dall'art. 10 Cost⁶⁶.

Il quadro normativo è mutato dinanzi ad una incalzante Europa che, in vista della realizzazione del mercato unico, ha chiesto un allineamento delle discipline nazionali ed in tempi recenti si è verificato un succedersi quasi convulso di norme che ha reso la materia impervia e disfunzionale rispetto all'obiettivo di gestione e controllo di un fenomeno complesso come quello migratorio.

Sono i risultati che parlano del fallimento della disciplina in vigore⁶⁷. Le verifiche empiriche descrivono una realtà in

66Secondo la sentenza n. 46 del 1977 la Corte costituzionale ha affermato che “la materia in esame per la delicatezza degli interessi che coinvolge , merita un riordinamento da parte del legislatore che tenga conto dell’esigenza di consacrare in compiute ed organiche norme le modalità e le garanzie di esercizio delle fondamentali libertà umane collegate con l’ingresso e il soggiorno degli stranieri in Italia”.

67Viene individuata una ineffettività a monte ed una a valle: a monte il numero fissato nei decreti flussi è sempre inferiore all'offerta di lavoro in Italia per la manodopera straniera, a valle

cui la condizione di irregolarità è una esperienza normale per gli stranieri, per molti un passaggio necessitato prima della regolarizzazione. Emblematico il succedersi nel tempo di numerosi provvedimenti di legalizzazione del lavoro irregolare⁶⁸, che mostrano la difficoltà di una regolazione *ex ante* del fenomeno che costringe ad una riconduzione nei canoni della legalità solo *ex post*.

Non previsti permessi per ricercare lavoro, il sistema delle quote fissate periodicamente con decreto rende impraticabile gli accessi di stranieri che si trovino fuori dal territorio italiano, perché subordina l'ingresso all'incontro della domanda e dell'offerta di lavoro a livello planetario⁶⁹.

La normativa si caratterizza per una netta differenza nel trattamento fra stranieri irregolari e regolari secondo una

le difficoltà ad eseguire le espulsioni sono enormi; v. Bartoli R., *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?* in *Questione giustizia*, 2011, 28.

68Dal 1990 si contano cinque regolarizzazioni: la prima nel 1990 con la legge n. 39, segue la cd sanatoria "Dini" (d.l. 489 del 1995), la regolarizzazione poco successiva all'entrata in vigore del TU immigrazione con il d.lgs. 113 del 1999, la regolarizzazione prevista dall'art 33 della legge 189 del 2002 e l'ultima nel 2009 con la legge 102.

69La legge cd. Turco-Napolitano prevedeva prima dell'intervento di riforme del 2002 l'istituto del cd. "sponsor". Si prevedeva che alcuni soggetti – cittadini italiani, Regioni, enti locali, associazioni professionali, sindacati, organizzazioni del terzo settore – potessero farsi garanti dell'ingresso di cittadini stranieri da inserire nel mondo del lavoro, assicurando loro alloggio, assistenza sanitaria e sostentamento. Il permesso di soggiorno per inserimento nel mercato del lavoro durava un anno, al termine del quale lo straniero si impegnava a tornare a casa.

logica che predica integrazione all'interno dei confini ed esclusione per chi ne è fuori⁷⁰.

Tale distinzione si rivela illusoria⁷¹.

Il margine di demarcazione fra regolarità ed irregolarità non è ontologico, ma il frutto artificiale di scelte performative, che incidono sul mondo reale, articolandolo secondo categorie⁷².

Se difficile è accedere e permanere regolarmente sul territorio italiano, facile è la deriva verso la situazione inversa per la politica di contingentamento degli ingressi, l'assenza di meccanismi di regolarizzazione permanente, per lo stretto nesso fra titolarità del permesso di soggiorno e disponibilità di un lavoro⁷³.

70“La tendenza legislativa, non solo italiana, è stata progressivamente quella di porre la massima attenzione alle politiche repressive dell'immigrazione, alle misure limitative e repressive dell'immigrazione irregolare, e di lasciare in secondo piano le politiche per i migranti”, Patroni Griffi A., *Stranieri non per la Costituzione*, Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione E. de Nicola su *Immigrazione nell'equilibrio tra esigenze di sicurezza e di integrazione sociale*, Torre del Greco, 16 maggio 2009.

71“La “categoria” dell'irregolarità è artificiale: pre-data è soltanto la componente negativa, la mancanza di cittadinanza. (...) Essa è un concetto formale: deriva dalla violazione di norme di disciplina amministrativa”, cfr. Bartoli R., *Il diritto penale*, cit., 27.

72Sull'obiettivo avuto di mira dal sistema di marcare la differenza simbolica fra “clandestino” e “regolare” e di creare il vuoto attorno al soggetto privo del permesso di soggiorno, v. Masera L., *“Terra bruciata attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione dei diritti*, in Mazza O., Viganò F. (a cura di), *“Il pacchetto sicurezza” 2009*, Torino 2009.

73Il sistema si fonda su una logica “occupazionale-sicuritaria”, basata sull'occupazione e sull'ordine pubblico in quanto è

Il messaggio che può leggersi fra le righe della disciplina normativa sembra annunciare che i paesi del Nord del mondo sono “pieni”, “saturi”, che non sopportano altri stranieri, che preferibile è l'alzare barriere all'ingresso in momento in cui la condivisione sembra sinonimo di impoverimento.

Al fondo la visione dello straniero come un soggetto pericoloso e della migrazione come questione di sicurezza. Facili sono state le strumentalizzazioni politiche in tempi di grande instabilità⁷⁴.

Con la legge 30 luglio 2002, n. 189 (cd Bossi-Fini) viene operato, ad oggi, l'ultimo intervento di ampio respiro nel settore. Linea guida del legislatore è la marcata differenziazione di trattamento fra stranieri regolari e non che comporta il ricorso a strumenti coercitivi nei confronti di questi ultimi.

Modificate le modalità di ingresso, gli accessi per motivi

regolare soltanto chi ha un contratto di lavoro e la cui identità è conosciuta prima di entrare nel territorio, cfr. Bartoli R., *Il diritto penale*, cit., 26

74Si è registrata nel nostro paese la mancanza di un discorso pubblico, argomentato fuori dalla cerchia degli esperti, sulle problematiche connesse all'immigrazione ed alla integrazione, che ha favorito la strumentalizzazione del tema in un contesto monoculturale in cui non si è appreso a convivere collettivamente con il riconoscimento delle differenze. Quando i numeri degli stranieri sono aumentati esponenzialmente la differenza, elaborata attraverso un repertorio simbolico, ha cessato di essere un “fattore esotico” per divenire conflitto anche per l'azione di “attivi imprenditori politici della xenofobia” che hanno proceduto ad una descrizione del processo migratorio come progetto destinato a sconvolgere i caratteri storici della società italiana, v. per tutti Guolo R., *L'identità*, cit., 13 e ss.

di lavoro sono subordinati al requisito che lo straniero abbia prima dell'ingresso in Italia un datore di lavoro; l'accompagnamento coattivo diviene la modalità prima per procedere all'espulsione, prolungati sono i termini di trattenimento nei centri di permanenza.

Con la legge Bossi-Fini è deciso il ricorso allo strumento penale tramite l'introduzione della contravvenzione di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art 14, comma 5 *ter*, TU imm.), reato proprio del migrante privo di un titolo di soggiorno.

Lo straniero irregolare si trova ad affrontare un percorso che ha origine con il provvedimento di espulsione amministrativa cui segue l'ordine di allontanamento – ove non risulti possibile l'accompagnamento coattivo alla frontiera -, l'incriminazione in caso di inadempimento, l'arresto e ancora l'espulsione.

La sentenza n. 223 del 2004 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 14, comma 5 *quinquies*, d.lgs. 286 del 1998 nella parte in cui stabiliva il carattere obbligatorio dell'arresto per il reato previsto dal comma 5 *ter* del medesimo articolo.

Secondo la Corte l'arresto obbligatorio non trovava copertura costituzionale ed era “privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, misura fine a se stessa” in quanto la pena detentiva prevista (da sei mesi ad un anno) era inferiore a quella per cui il codice di procedura penale ammette la possibilità di disporre misure coercitive ed inoltre non aveva “valida giustificazione” al fine di garantire l'espulsione amministrativa dello straniero.

Alla dichiarata inutilità di tale meccanismo costruito in contrasto con il principio costituzionale di protezione della libertà personale, il legislatore risponde nello stesso 2004

con la legge n. 271 trasformando la contravvenzione in delitto e prevedendo un inasprimento della sanzione, fissata nel minimo ad un anno e nel massimo a quattro.

Vengono mosse nei confronti della disposizione incriminatrice censure in ordine all'eccessività del trattamento sanzionatorio dinanzi alle quali la Consulta si muove invitando il legislatore ad una "riflessione" riguardo ad un quadro normativo che "presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della pena"⁷⁵.

Le considerazioni della Corte restano disattese dal legislatore che adotta in un breve lasso di tempo due cd. "pacchetti sicurezza".

Con il primo – decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica» - si introduce l'aggravante di cui all'art 61 n.11 bis c.p., dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sentenza 249 del 2010, e vengono modificati gli artt. 235 e 312 c.p.

Il secondo – legge 15 luglio 2009 n. 94 – procede, in particolare, alla criminalizzazione dell'ingresso e della permanenza irregolare dello straniero.

Gli interventi normativi si susseguono in un quadro politico nazionale e sovranazionale complesso, in cui i governi italiani stipulano accordi di partenariato con paesi nordafricani per fermare gli ingressi clandestini da Sud, l'obiettivo è la lotta totale all'immigrazione clandestina.

In tale contesto a partire dalla primavera del 2009⁷⁶ le navi

⁷⁵Corte cost., sent. 22 del 2007, par. 7.3.

⁷⁶Sarzanini F., *Clandestini riaccompagnati in Libia*, in *Corriere*

della polizia di Stato procedono a fermare natanti in alto mare carichi di migranti ed a riaccompagnarli nei porti libici⁷⁷ di partenza, suscitando “grave preoccupazione” da parte dell'Alto Commissariato della Nazioni Unite⁷⁸.

In questa drammatica vicenda emerge la debolezza degli istituti di diritto internazionale, comunitario e nazionale di tutela degli individui migranti⁷⁹ che, sottoposti alla pratica dei respingimenti in mare, non hanno avuto alcuna possibilità di chiedere asilo o altra forma di protezione umanitaria⁸⁰.

della sera, 8/5/2009, 2. Le operazioni di collaborazione con Libia ed Algeria sono iniziate il 5 maggio del 2009.

77La Libia non ha mai aderito alla Convenzione di Ginevra.

Secondo i dati forniti dal Ministero dell'interno nel 2009 885 stranieri sono stati intercettati e restituiti alle autorità libiche (834) e algerine (51), in occasione di 11 operazioni effettuate congiuntamente dalla Libia (9) e dall'Algeria (2). Per effetto di tali operazioni il numero degli sbarchi è diminuito di circa il 90% rispetto al 2008. L'Italia ha assicurato il finanziamento del 50% del costo del sistema, mentre il base al *Memorandum of understanding* firmato nel 2007 dalla Libia e dalla Commissione Europea, l'ulteriore 50% è dovrebbe essere stato assicurato dall'UE; dal primo gennaio 2008 al 31 dicembre 2009 sono state rimpatriate circa 42.595 persone, v. il rapporto *Iniziativa per l'Italia. Sicurezza, immigrazione e asilo* redatto dal Ministero dell'interno nel 2010 e pubblicato sul sito www.interno.it.

78Comunicato stampa UNHCR rinvenibile su www.unhcr.it.

79Del Guercio A., *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani* in *Gli stranieri*, 2010, 73.

80La Corte EDU, con la sentenza della Grande Chambre, 23.2.2012, *Hirsi Jamaa c. Italia* ha condannato l'Italia per i respingimenti collettivi operati verso la Libia ad opera delle forze di polizia in quanto realizzati in violazione degli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU.

Dal 2009 l'Italia ha scelto di blindare i propri confini: accordi di cooperazione con paesi di partenza dei migranti e respingimenti in alto mare hanno limitato soprattutto gli ingressi di richiedenti asilo, una severa regolazione degli accessi per motivi di lavoro e il ridimensionamento del numero dei membri del nucleo familiare aventi titolo al ricongiungimento hanno ristretto le altre vie di accesso legale.

A poco è valsa la procedura di regolarizzazione decisa nel 2009 riguardante solo alcune categorie di lavoratori stranieri⁸¹.

Il sistema di disciplina in materia di immigrazione è stato recentemente oggetto di importanti cambiamenti.

La Corte di giustizia europea⁸², dichiarando l'incompatibilità con la "direttiva rimpatri"⁸³ della sanzione detentiva in caso di inadempimento da parte dello straniero dell'ordine di allontanamento dal territorio nazionale, ha sostenuto la disfunzionalità del sistema rispetto all'obiettivo posto, l'allontanamento degli irregolari.

I moniti della Corte costituzionale, la pronuncia della Corte europea non hanno indotto il legislatore ad una revisione generale dell'approccio scelto in materia.

Con il decreto legge 23 giugno 2011 n. 189 (convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2011, n. 129) il ruolo del diritto penale è stato ridotto, è stata prevista la sola sanzione pecuniaria per il reato di cui all'art 14 comma 5 *ter*, modificata la procedura di espulsione, ma sono stati

81Le domande di regolarizzazione dei cittadini non comunitari sono state complessivamente 294.744, v. www.interno.it.

82 Corte di giustizia, sez. I, sent. 28 aprile 2011, El Dridi, causa C-61/11.

83 Direttiva 115/2007 CE.

aumentati i termini di permanenza presso i centri di identificazione ed espulsione. Non si è proceduto ad un ripensamento in ordine alla necessità della previsione del reato di ingresso e soggiorno irregolare⁸⁴.

La visione di fondo dello straniero come problema di sicurezza rimane nel permanere di “fattispecie che prescindono da una accertata o presunta pericolosità del loro autore”⁸⁵.

Nel complesso oggi la fortezza eretta sui confini rimane salda.

Spuntate le armi del diritto penale con il rimodellamento dell'apparato sanzionatorio, solido è il sistema amministrativo strumento principe per l'attuazione delle politiche migratorie sia nazionali che europee⁸⁶.

84Pisa P., *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare. Il commento* in Dir. pen. Proc., 2011, 806.

85Corte cost., sent. n. 22 del 2007.

86Che le vere questioni non siano poste dal solo sistema penale in quanto tale, ma dalla disciplina amministrativa e dalla integrazione “servente” del diritto penale è sottolineato da Bartoli R., *Il diritto penale*, cit., 22.

2.2 LO STATUTO COSTITUZIONALE DELLO STRANIERO E LE POSSIBILI RAGIONI DELL'ESCLUSIONE.

Come spiegare le ragioni di un così radicato ed accanito approccio di esclusione nei confronti dello straniero? Cosa motiva le scelte finalizzate a precludere che i migranti arrivino fino a nostri confini?

Una delle ragioni possibili può risiedere nella meravigliosa capacità espansiva dei diritti.

Al fondo del costituzionalismo moderno vi è un paradosso originato dalla decisione di comunità limitate di fondarsi sul riconoscimento di diritti predicati come universali.

Tale scelta nasce in momenti storici in cui il fenomeno delle migrazioni planetarie non ha ancora investito le democrazie occidentali, le quali possono definirsi come gruppi omogenei ricompattati dalla fine di lunghi conflitti.

La proclamazione dei diritti, del loro carattere fondante riguarda al momento delle scelte costituenti la comunità nazionale che nel definirsi immagina di rimanere costantemente uguale a se stessa.

La nostra Costituzione è un emblema di tale approccio.

Molti diritti fondamentali, lo stesso principio di uguaglianza, sono riferiti nel testo costituzionale esclusivamente ai cittadini, la disciplina dello straniero ha una importanza pratica limitata nel 1947-1948, ma ha un forte valore simbolico di apertura alla comunità internazionale ed è funzionale al riconoscimento dei diritti

dell'uomo.

Lo statuto costituzionale dello straniero va ricostruito per il tramite del combinato disposto degli artt. 2 e 10, comma 2, Cost. per cui la condizione giuridica dello straniero deve essere regolata dalla legge “in conformità delle norme e dei trattati internazionali” senza che possano essere obliati il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili di cui lo straniero è titolare.

La carta costituzionale guarda l'*extraneus* fuori dal contesto delle migrazioni considerandolo una persona cui devono rivolgersi le norme dirette agli “esseri umani”⁸⁷, a “tutti”⁸⁸ o che sono formulate impersonalmente⁸⁹.

Dottrina e giurisprudenza, attraverso una attività interpretativa non limitata dal mero dato testuale, hanno ritenuto che disposizioni rivolte ai soli cittadini dovessero essere applicate anche agli stranieri per la loro attinenza alla natura stessa dell'essere umano. È questo il caso dell'art. 3 Cost⁹⁰.

La Corte costituzionale si è preoccupata di chiarire che, al di là della formulazione letterale delle norme, lo straniero “fruisce della garanzia costituzionale in ordine ai diritti civili fondamentali”⁹¹; ciò che deve essere garantito a tutti gli individui è “il nucleo irriducibile”⁹² di ogni diritto che

87Art 2 Cost.

88Artt 19, 22 Cost.

89Art 13 Cost.

90Sul punto la giurisprudenza costituzionale è consolidata, vedi Corte costituzionale sent. 120/1967 secondo cui: “se è vero che l’art 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali”.

91Sentenza n. 219 del 1995.

92Sentenza n. 252 del 2001 secondo la quale «il diritto ai

la Costituzione ritiene spettante alla persona.

Tale “nucleo irriducibile” dei diritti opera quale limite all'esercizio discrezionale del potere di legiferare sia nel settore dell'immigrazione quanto con riguardo alla condizione dello straniero.

La lettura dell'art. 2 Cost., come un catalogo aperto e non vincolato all'attribuzione letterale del carattere di inviolabilità ha posto un problema di individuazione dei diritti di cui possa essere ritenuto titolare lo straniero.

Tale insieme deve ricostruirsi con riferimento ai trattati di diritto internazionale – in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo - sottoscritti dal nostro Paese e che costituiscono la cornice entro cui la riserva di legge deve essere esercitata ex art. 10 Cost.

In un quadro sintetico può affermarsi che spetta allo straniero la garanzia dell'inviolabilità della propria libertà personale⁹³, il diritto ad avere un processo giusto nel contraddittorio delle parti, ad una difesa tecnica, all'assistenza linguistica⁹⁴, all'affermazione in ambito penale di una responsabilità di tipo personale⁹⁵, all'assistenza sanitaria e sociale, all'unità familiare, alla difesa contro le discriminazioni, a chiedere asilo.

trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute” protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», nucleo di cui godono anche gli stranieri, a prescindere dalla regolarità della loro presenza nel territorio dello Stato.

93Corte costituzionale, sent. n. 62 del 1994.

94Corte costituzionale, sent. n.10 del 1993.

95Corte costituzionale, sent. n. 4 del 2004.

In particolare con riferimento al diritto alla libertà personale la Corte costituzionale ne ha affermato la piena titolarità in capo allo straniero attraverso la qualificazione alla stregua di misure incidenti sulla libertà personale dell'accompagnamento coattivo e del trattenimento presso i c.i.e. (già c.p.t.); tali misure, sostiene la Consulta, ineriscono alla materia di cui all'art. 13 Cost. in ragione del loro contenuto sostanziale: “per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possono essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi ai flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”⁹⁶. Secondo le medesime ragioni la Corte ha affermato il divieto di bagatellizzare la libertà personale dello straniero dichiarando la illegittimità costituzionale del comma 5 *quinquies* dell'art. 14 TU in quanto prevedeva l'obbligatorietà dell'arresto per una contravvenzione – quella dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio emesso dal questore, art. 14, comma 5 *ter*, TU – punita fino al 2004 con la pena detentiva da sei mesi ad un anno⁹⁷.

⁹⁶Sentenza n. 105 del 2001.

⁹⁷Sentenza n. 223 del 2004, quella della arresto obbligatorio è ritenuta essere una misura fine a se stessa perché “non trova giustificazione costituzionale per la mancanza del rapporto di strumentalità tra il provvedimento provvisorio di privazione della libertà personale e il procedimento penale avente ad oggetto il reato per cui è stato disposto l'arresto obbligatorio in flagranza”. La mancanza di una “qualsiasi finalizzazione

La lezione della Costituzione è stata ripresa dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 286 del 1998 secondo il cui disposto «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

I diritti fondamentali hanno dimostrato una grande capacità espansiva ed inclusiva soprattutto di chi è privo dello status di cittadino⁹⁸ e ciò in ragione dello loro stretta connessione alla qualità di uomo, della loro strumentalità al riconoscimento della dignità che spetta ad ogni persona. Favorito è stato un approccio che ha predicato il carattere universale di molti diritti, facendoli oggetto di un riconoscimento, non di una attribuzione *ex novo*, che li ha sottratti alla disponibilità di poteri sovrani.

I diritti fondamentali mettono in crisi la sovranità statale, rompendo quella sovrapposibilità perfetta fra statonazione, insieme dei sui membri e soggetti titolari di

processuale” rivela la manifesta irragionevolezza della misura che “non trova valida giustificazione neppure ove la si voglia ritenere finalizzata, sia pure impropriamente, ad assicurare l'espulsione amministrativa” del migrante irregolare, procedimento che seguirebbe il suo corso a prescindere dall'arresto dello straniero.

98Il requisito della cittadinanza nazionale al fine del godimento dei diritti deve rileggersi alla luce dell'introduzione della “cittadinanza europea” e sembra aver perso la sua centralità con riferimento alla titolarità di permessi di soggiorno, in particolare di lungo periodo, che permettono allo straniero di essere destinatario di un trattamento assistenziale da parte dello Stato non diverso rispetto a quello del cittadino.

pretese che possono essere fatte valere sia su un piano pubblico che privato. È forse tale potenzialità che spaventa che si aggiunge ad una percezione dei diritti riconosciuti “agli altri” quali costi per la collettività originaria.

Se i diritti fondamentali vanno riconosciuti “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato” in quanto persona, ciò che può essere negato è l'ingresso, perché lo straniero non è membro per definizione della comunità costituita. Vietare l'accesso o espellere la persona risolve radicalmente il problema della condivisione di beni che, escluse le libertà negative, sono limitati.

La titolarità di un potere ritenuto sovrano autolegittima lo Stato all'esercizio di uno *jus excludendi alios* che guarda al territorio come una proiezione nel mondo fenomenico della propria persona e rende bene giuridico in sé da tutelare la regolazione dei flussi migratori nonostante “la distanza tra la condizione di irregolarità del singolo straniero e i beni finali alla cui tutela è preordinata la normativa in materia di immigrazione”⁹⁹.

L'unico limite ragionevole che può essere opposto ai divieti di ingresso in un sistema costituzionale di tipo democratico è la necessità di tutelare gli stessi diritti fondamentali.

⁹⁹Caputo A., *I migranti e lo sguardo dei giuristi* in *Questione giustizia*, 2011, 281.

2.3 L'USO DEL DIRITTO PENALE COME SIMBOLO DELL'AFFERMAZIONE DELLA LEGGE DEL PIÙ FORTE SECONDO UNA CONCEZIONE CHE OBLIA LA CAPACITÀ DI LIBERTÀ DELL'ALTRO.

La scelta di ricorrere ad un diritto penale che definisce lo straniero come autore di reati propri appartiene alla storia recente del nostro ordinamento giuridico.

Le tappe di tale percorso sono serrate: con legge 30 luglio 2002, n. 189 è criminalizzata la mancata ottemperanza da parte dello straniero all'ordine emesso dal questore di allontanarsi dal territorio, nel 2004 tale reato muta da contravvenzione in delitto e viene prevista la pena della reclusione da uno a quattro anni, nel 2008 è introdotta la circostanza aggravante generica di cui all'art 61 n. 11 *bis* c.p., nel 2009 il reato di ingresso e trattenimento irregolare. Ad oggi il quadro giuridico è parzialmente mutato, l'aggravante è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 249 del 2010 ed il reato di cui all'art 14, comma 5 *ter*, TU è stato oggetto di modifica con decreto legge 23 giugno 2011 n. 189.

Ciò che rimane ferma è la sensazione che le decisioni prese su questioni di confine sembrano avere intrinsecamente una drammaticità difficile da disinnescare. Esse attengono alla definizione di sé, delle proprie priorità, alla tutela di ciò a cui è attribuito valore. Sul limite del proprio io tutto sembra attenere ad un problema di sopravvivenza che complica operazioni di bilanciamento fra interessi contrastanti. Il confine dà il senso della

finitudine individuale e collettiva e dinanzi a tale percezione l'essere in bilico fra esigenze contingenti ed assolute può far sembrare più semplice optare per la legge di natura, quella del più forte.

È questo un rischio che il diritto costruito alla luce della ragione è chiamato a neutralizzare.

Il diritto penale è espressione in sé dell'esercizio di un potere che incide sulla libertà originaria degli individui e, per il suo essere espressione di una forza che rischia di essere brutta, necessita di essere ricondotto entro gli canoni della necessità e della legalità.

Il limite della necessità fonda un diritto di punire costruito secondo un criterio di razionalità che giustifica il ricorso alla sanzione secondo una logica di economicità dei mezzi rispetto al fine di garantire una convivenza fondata su diritti e libertà di ciascuno¹⁰⁰.

Dinanzi allo straniero il paradigma del contratto sociale sembra non funzionare¹⁰¹. Egli non fa parte di quella comunità di uomini che cede parte della propria libertà in cambio di sicurezza, egli è forse una delle cause di insicurezza che induce alla stipulazione dell'intesa collettiva.

La fondamentale esigenza di sicurezza non può avere un carattere predominante rispetto al bisogno di libertà sebbene lo strumento penale non incida su gli originari paciscenti.

100Pulitanò D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 26.

101Nussbaum M., *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007, 243 secondo cui: “nonostante la loro grande forza nell'ambito della riflessione sulla giustizia, le teorie del contratto sociale hanno alcuni difetti strutturali che le rendono inefficienti quando le applichiamo al mondo nella sua globalità”.

Il riconoscimento del carattere fondante ed universale dei diritti umani pone un vincolo al ricorso del diritto di punire anche nel caso in cui esso incida su soggetti estranei alla comunità originaria che pretende sicurezza. È un bilanciamento difficile che non può obliare la gerarchia di valori consacrata nella Costituzione: il riconoscimento dell'estraneo come persona deve indurre alla egualitaria considerazione della libertà altrui da controbilanciarsi con esigenze di tutela entro canoni di razionalità.

Il principio dell'eguale rispetto si pone alle fondamenta del sistema democratico svolgendo una funzione di legittimazione, ma se esso guarda la persona come fonte di valore, come capace intrinsecamente di libertà¹⁰², la sua idoneità a conformare a sé relazioni normative non può che avere un respiro più ampio delle frontiere nazionali facendosi veicolo di inclusione assecondando la vocazione universale di ordinamenti finiti.

Un diritto penale che svolge una funzione di tutela di beni giuridicamente rilevanti può essere legittimamente utilizzato in materia di immigrazione. L'esistenza di una esigenza di tutela pone una fondata domanda in ordine alla possibilità del ricorso al diritto di punire, ma non fornisce da sola la risposta con riguardo alla necessità della sanzione. Criteri di valutazione ulteriore devono giungere in soccorso. L'essere del diritto penale arma doppio taglio, che tutela beni attraverso la lesione di altri beni, chiede il ricorso a tale pericoloso strumento come *extrema ratio*, quando altri mezzi non siano idonei allo scopo. Anche il diritto penale, come misura ultima, di limite, vive sul confine difficile della sua possibilità.

102Pulitanò D., *Introduzione*, cit., 28.

Può essere replicato che il modello ora descritto sia costruito sul paradigma di scelte sanzionatorie che, delineando fattispecie delittuose, incidono sul fondamentale diritto alla libertà personale e che meno stringente sia la valutazione nel caso del ricorso allo strumento contravvenzionale o a sanzioni pecuniarie, praticato con riferimento ai reati che vedono lo straniero quale soggetto attivo.

L'esiguità della pena sembra giustificare una estensione nel ricorso ad incriminazioni minori. Il rischio giace nella facile adattabilità delle contravvenzioni a farsi strumento di un diritto penale in cui la sanzione svolge la funzione di mero rafforzamento di una disciplina extrapenale di tipo amministrativo.

Se ad essere sanzionata è qualsiasi violazione della normativa extrapenale e la scelta incriminatrice non a sufficienza seleziona il “livello offensivo o la gravità soggettiva del fatto tipico”, la c.d. “tutela di funzioni” tende ad immedesimare il contravventore in un ruolo, “una componente sistemica che non “funziona”¹⁰³ obliandosi che, al di là dell'applicazione della sanzione, non poche sono le conseguenze negative sulla vita del singolo.

Su tali presupposti in tema di reati propri dello straniero irregolare il ricorso al diritto penale ha una forte valenza simbolica. Nel chiederci fra chi sia “comune” la volontà o cosa essa sottenda, viene alla mente l'uso dei *symbola* nella Grecia antica che ne ha coniato il termine. Si trattava di oggetti che venivano spezzati e le cui metà spettavano al padrone di casa ed al suo ospite. Essi dicevano di una condivisa esperienza di accoglienza, di un possibile

103Donini M., voce *Teoria del reato*, in *Dig, disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 286.

riconoscimento futuro per il tramite della ricomposizione dell'oggetto: in comune vi era la volontà di accogliersi reciprocamente al ricombaciare delle metà spezzate¹⁰⁴. Tali simboli funzionavano in un contesto a due, di esperienza e contatto reciproco che forniva conoscenza, non più così possibile oggi in una dimensione del fenomeno migratorio in cui la grandezza dei numeri degli ingressi fa dimenticare l'unicità del singolo.

Il diritto penale comunica scelte collettive nell'adempiere ad una funzione generalpreventiva di cui l'opzione sanzionatoria è simbolo. Tale simbolo è efficace in contesti omogenei, di dialogo reciproco e sintesi di interessi, più difficile in ambiti in cui manca una previa partecipazione al procedimento deliberativo di uno dei soggetti – l'*extraneus* - coinvolto dalla decisione.

Con l'incriminazione dell'ingresso, del trattenimento irregolare, del mancato allontanamento dal territorio dello straniero il simbolo della sanzione sembra rivolto ai membri stessi della comunità, a coloro che esprimono una comune volontà, sebbene non siano i destinatari del comando o del divieto. La scelta di criminalizzazione parla in via prioritaria alla comunità assicurandola, dando l'idea di un confine messo al sicuro, in cui in primo luogo conta la “volontà comune” di sentirsi al riparo.

104 Curi U., *Straniero*, Milano, 2010, 66.

2.3.1.1 L'ART 10 BIS D.LGS. 25 LUGLIO 1998, N. 286.

La norma è stata introdotta dopo un iter legislativo travagliato¹⁰⁵ nel 2009 con la legge n. 15 (c.d. pacchetto sicurezza).

Essa sanziona con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro lo straniero che faccia ingresso o si trattienga sul territorio nazionale in violazione del d.lgs n. 286 del 1998 ovvero dell'art 1 della legge n. 68 del 2007¹⁰⁶.

È questo un reato proprio che trova applicazione solo con riguardo agli stranieri extracomunitari o agli apolidi in base a quanto disposto dall'art. 1 TU immigrazione che fornisce la definizione di "straniero".

Con riguardo all'elemento oggettivo due sono le condotte individuate dalla norma – ingresso e trattenimento - che costituiscono modalità alternative di realizzazione di un

105La versione originaria del disegno di legge governativo, art 9, d.d.l. A.S. n. 773, incriminava a titolo di delitto il solo ingresso illegale dello straniero con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, erano previsti l'arresto obbligatorio e l'instaurazione del processo in direttissima. Tale disciplina era in linea con quanto previsto in tema di reati collegati all'espulsione.

106Con il d.l. n. 107 del 13 aprile 1993 il legislatore all'art 8, comma 3. aveva previsto che "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". La disposizione non fu inserita nella successiva versione del provvedimento, il d.l. 14 giugno 1993, n.183, poi convertito nella l. 12 agosto 1993, n. 296.

unico reato che dà luogo all'offesa del bene giuridico individuato nell'interesse dello Stato alla gestione ed al controllo dei flussi migratori¹⁰⁷.

La condotta di ingresso illegale nel territorio statale configura un reato commissivo ed istantaneo che si consuma nel momento e nel luogo in cui avviene l'ingresso. Illegalità dello stesso deve valutarsi alla luce dell'art. 4 TU secondo cui "ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto di ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti". Viola la legge l'ingresso con documenti o titoli ottenuti in modo illecito¹⁰⁸.

Secondo il disposto dell'art. 10 *bis*, comma 2, TU esclusa è la configurabilità del reato nei confronti dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento alla

107Secondo parte della dottrina la norma descrive due fattispecie fra loro diverse, ma alternative. Non configurabile il concorso di reati, la permanenza irregolare è condotta che necessariamente segue all'ingresso operato in violazione di legge, Caputo A., *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009 (a cura di Corbetta S., Della Bella A., Gatta G.L.), Milano, 2009, 237.

108Come ha chiarito la Suprema Corte di cassazione con la sentenza della sez. I, 8 maggio 2002, imp. Galgano in tema di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, la violazione delle disposizioni del TU in materia di immigrazione è integrata non solo dall'ingresso clandestino nel territorio dello Stato, ma anche dall'elusione delle disposizioni di cui al testo unico e quindi anche nei casi di cui il visto di ingresso sia richiesto ed eventualmente ottenuto fraudolentemente.

frontiera ex art. 10, comma 1, TU¹⁰⁹.

Rilevanza penale ha, differentemente, l'ingresso dello straniero nel caso di respingimento differito ex art. 10, comma 2, TU: il confine è stato varcato e lo straniero è fermato all'ingresso o subito dopo dalla polizia ovvero, salva la configurabilità della causa di giustificazione ex art. 54 c.p., è ammesso nel territorio dello Stato temporaneamente per necessità di pubblico soccorso¹¹⁰. In tale ultimo caso non manca chi veda una “contraddizione latente, moralmente insopportabile” tra l'aiuto prestato a chi è soccorso e la contemporanea rilevanza penale della sua presenza sul territorio nazionale¹¹¹.

Con il d.l. 26 giugno 2011 n. 189 (convertito con modificazione con la legge 2 agosto 2011 n. 129) al termine del secondo comma dell'articolo 10 *bis* TU è stato introdotto un inciso secondo cui le norma incriminatrice non trova applicazione nel caso di uno “straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera in uscita dal territorio nazionale”. Si tratterebbe di una causa sopravvenuta di non punibilità fondata su valutazioni in ordine alla insussistenza dell'interesse dello Stato alla punizione e non di un elemento negativo nella definizione

109Dottrina ha rilevato come anche in assenza della disposizione espressa il reato non sarebbe stato configurato, atteso che lo straniero respinto alla frontiera non fa ingresso nel territorio dello Stato, Gatta G.L., *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza* in Dir. pen. proc., 2009, 1327

110È questo spesso il drammatico caso dei migranti che giungono presso le nostre coste su le cd “carrette del mare”.

111Pelissero M., *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrati irregolare nello Stato di prevenzione* in Politica del diritto, 2011, 252

della portata della norma¹¹².

In ragione della clausola di riserva, ove il reingresso riguardi uno straniero precedentemente espulso, trovano applicazione i più gravi delitti di cui all'art 13, comma 13 e 13 *bis*, del TU.

Permanente ed omissivo è il reato di trattenimento illegale, il disvalore penale del fatto risiede nell'omesso allontanamento dal territorio in mancanza del permesso di soggiorno: situazione tipica ed irregolarità amministrativa coincidono. Le ipotesi possono essere molteplici in considerazione delle disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998 e della l. n. 68 del 2007 (disciplina dei soggiorni di breve periodo). La complessità della materia impone all'interprete la ricostruzione dello *status* amministrativo e la precisa individuazione del momento e delle modalità secondo le quali la condizione dello straniero è divenuta illegale al fine della verifica della sussistenza del reato.

Con riguardo alla ricostruzione della fattispecie tipica deve rilevarsi che in alcuni casi la condizione di illegalità dello straniero è connessa all'adozione di un provvedimento amministrativo, in altri ne prescinde. Nel primo caso lo stato psicologico del soggetto rileva sul piano oggettivo in quanto ai fini della configurazione del reato è necessario che straniero abbia avuto conoscenza del provvedimento; è questa l'ipotesi di revoca o annullamento del permesso di

112Caputo A., *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato in Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, a cura di Caputo A. e Fidelbo G., Torino, 99 secondo cui : “alla base dell'inedito limite alla applicazione della fattispecie incriminatrice (..) sembra potersi individuare la volontà di sollevare l'autorità di polizia dall'obbligo di denuncia per fatti – ormai- ritenuti di scarso rilievo, realizzando, al contempo, un alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari”.

soggiorno. A prescindere da una risoluzione della pubblica amministrazione il trattenimento è da considerarsi illegale, a titolo esemplificativo, quando lo straniero non ha richiesto nei termini il permesso di soggiorno, salvo che il ritardo sia dovuto a cause di forza maggiore, ovvero nell'ipotesi in cui si sia trattenuto oltre sessanta giorni dalla scadenza del titolo al soggiorno.

Ove lo straniero sia stato destinatario di un provvedimento di espulsione rimasto inadempito, trova applicazione l'art. 14, comma 5 *ter* e *quater*, TU.

Secondo l'orientamento prevalente il reato si ritiene non possa sussistere nei casi in cui lo straniero, ex art. 19 TU¹¹³, non sia espellibile o nell'ipotesi in cui il permesso sia scaduto da meno di sessanta giorni ma non ne sia stato ancora richiesto il rinnovo (art. 13, comma 2, lett. b): il divieto di espulsione incide sulla tipicità del fatto operando una sorta di regolarizzazione della condotta in quanto lo straniero non può che essere autorizzato a permanere sul territorio, se vietato ne è l'allontanamento.

Condivisibile l'orientamento ha escluso la configurabilità

¹¹³La norma individua i casi in cui non può disporsi l'espulsione o il respingimento dello straniero. Questi riguardano lo straniero che possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali ovvero che possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. Al secondo comma la disposizione elenca soggetti nei cui confronti non può disporsi l'espulsione, salvo che non sussistano ragioni di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, così individuati: minori, stranieri con titolo di soggiorno, stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

del reato in esame a carico di minore¹¹⁴. Militano a favore di tale decisione sia ragioni di ordine sistematico – il minore è inespellibile ex art 19 TU – sia valutazioni in ordine alla statuto di chi non abbia ancora compiuto la maggiore età. Tali persone sono destinatarie di obblighi di protezione che hanno fonte in trattati internazionali fra cui la Convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo ratificata con la legge 27 maggio 1991 n. 176.

La contravvenzione *de quo* è punita sia a titolo di colpa che di dolo, in quanto dal disposto normativo non possono ricavarsi elementi sulla cui base sia da ritenersi che il legislatore abbia voluto derogare alla disciplina dell'art. 42, comma 4, c.p.

Con riguardo all'elemento soggettivo, la questione più complessa attiene alla configurabilità dell'ignoranza e dell'errore sulla normativa del testo unico. Essa dipende dalla ricostruzione della fattispecie secondo la considerazione che la normativa extrapenale integri o meno il precetto. Nel primo caso trova applicazione l'art. 5 c.p.¹¹⁵ ovvero, considerata la disciplina extrapenale quale elemento normativo, dovrà farsi riferimento all'art. 47,

114Della Bella A., *Il minore straniero ed il reato di immigrazione clandestina* in Corriere del merito, 2009, 709; Picardi A., *Perchè il reato di ingresso clandestino non si applica al minore di età. Nota all'ordinanza del Gip presso il tribunale di Bari del 11 dicembre 2009* in Gli stranieri, 2010, 189.

115Secondo parte della dottrina quella in esame sostanzierebbe una ipotesi di norma parzialmente in bianco e di conseguenza la legge extrapenale concorre alla descrizione della fattispecie astratta del reato ed alla definizione dell'offesa penalmente rilevante, vedi Gatta G.L., *Il reato di "clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in Dir. pen. proc., 2009, 1328

comma 3, c.p.¹¹⁶. Alla luce di entrambe le ricostruzioni lo straniero può andare esente da responsabilità solo nel caso in cui l'ignoranza o l'errore non siano rimproverabili a titolo colpa. Condivisibile l'orientamento che ricostruisce la disposizione quale "norma penale parzialmente in bianco"¹¹⁷: l'art. 10 bis TU è norma incompleta nella quale solo una parte del precetto è descritta, le disposizioni richiamate – generali ed astratte¹¹⁸ – riempiono il "corpo errante" del precetto "donandogli l'anima"¹¹⁹.

Sul piano sanzionatorio due sono le peculiarità previste con riferimento al reato di "clandestinità": l'inapplicabilità della disciplina in materia di oblazione e il potere riconosciuto al giudice di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione.

Quella di cui all'art. 10 bis TU è l'unica contravvenzione

116Toriello M., *Il reato di clandestinità* in *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, (a cura di) Centonze S., Torino, 2010, 82.

117Gatta G.L., *Il reato di "clandestinità"*, cit., 1328

118La necessità di una ridefinizione stipulativa dell'espressione "norma penale in bianco" è sentita da Gatta G.L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 69, il quale afferma che debba farsi riferimento ad una disposizione che necessita di essere in tutto o in parte completata da un'altra norma che deve avere *immancabilmente* il carattere della generalità ed astrattezza. Sul punto v. Pulitanò D., *Ignoranza della legge*, in *EdD*, vol. XX, Milano 1970, 40; Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 109.

119L'affascinante metafora della norma penale in bianco quale "corpo errante in cerca dell'anima" formulata da Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung, I*, Leipzig 1890, è stata ripresa da Gatta G.L., cit., 74.

prevista nel nostro ordinamento che non possa essere estinta per il tramite del pagamento di una somma di denaro pari ad un terzo della pena massima prevista dalla legge¹²⁰. Le ragioni di tale esclusione non sono di facile ricostruzione. Ha rilevato, con una certa probabilità, sia la volontà di dare un volto particolarmente severo al sistema sanzionatorio quanto l'intenzione di non limitare lo spazio applicativo dell'espulsione, che sarebbe stata preclusa nel caso di ricorso all'oblazione.

È l'espulsione il principale obiettivo del legislatore osservato che tale misura può essere disposta dall'organo giudicante in sostituzione della sanzione pecuniaria. A tal fine la l. 94 del 2009 è intervenuta modificando l'art. 16 TU e attribuendo al giudice di pace il potere di disporre una misura estranea all'ordinario catalogo di quelle sue proprie. Da sottolinearsi come tale previsione costituisca un *unicum* all'interno dell'ordinamento, in quanto costituisce il solo caso in cui la sanzione sostitutiva è più grave della sanzione principale¹²¹. Si è discusso sulla obbligatorietà¹²² o facoltatività¹²³ del potere in capo al

120L'art 162 bis c.p. prevede che l'oblazione sia applicabile in via generale anche alla contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

121Dottrina ha evidenziato come “l'espulsione ex art 16 TU, da un lato, perde qualunque profilo di affinità rispetto al modello delle sanzioni sostitutive e, dall'altro, rappresenta la *vera* sanzione del reato in esame”, v. Caputo A., *Ingresso e soggiorno*, cit., 111.

122Luerti S., *Estensione della competenza, presentazione immediata a giudizio, espulsione a titolo di sanzione sostitutiva*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, (a cura di) Corbetta S., Della Bella A., Gatta G. l., Milano, 2009, 415.

123Gatta G.L., *Il reato di “clandestinità”*, cit., 1329; in giurisprudenza Cass. sez. I, 01 aprile 2011, n. 13408.

giudice di disporre l'espulsione. Fondato è il sospetto dell'automaticità della sostituzione. L'art. 16 TU, con riguardo all'ipotesi in cui si proceda alla condanna ai sensi dell'art. 10 *bis*, individua come presupposto della misura espulsiva la sola mancanza delle cause ostative indicate all'art. 14, comma 1, TU¹²⁴. Quella prospettata è una valutazione vincolata che sembra rendere automatica l'opzione in favore della sostituzione. Le condizioni, la cui mancanza preclude l'espulsione, sono estranee ad una ponderazione discrezionale del giudice, ma mero oggetto di una constatazione di fatto: al loro sussistere il giudice è titolare del potere di disporre l'espulsione.

Nell'ipotesi prevista nella prima parte dell'art. 16, comma 1, TU l'organo giudicante, nel pronunciare la sentenza di condanna per un reato non colposo nei confronti dello straniero irregolare o appartenente a taluna delle categorie indicate dall'art 1 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423, quando deve irrogare una sanzione inferiore ai due anni e non sussistono le condizioni per la sospensione condizionale della pena può ordinare l'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. Il criterio, cui il giudice deve attenersi in tale caso, mette in gioco una valutazione che verte sul confronto fra la sanzione detentiva e la misura sostitutiva permettendo che si possa optare per la misura meno afflittiva in ordine alle finalità della pena.

124La norma prevede che sono da considerarsi cause ostative alla espulsione o al respingimento alla frontiera:

- a) la necessità di procedere al soccorso dello straniero;
- b) la necessità di accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, o di acquisire i documenti di viaggio;
- c) l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto.

La Corte costituzionale ha risolto positivamente i dubbi in ordine alla possibilità di ricorrere alla causa di esclusione della procedibilità della particolare tenuità del fatto (art. 34, d.lgs. n. 274 del 2000).

La Consulta ha ritenuto che le esigenze di moderazione dell'intervento sanzionatorio possano essere soddisfatte per il tramite del ricorso a tale istituto funzionale a “controbilanciare la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie del giustificato motivo che esulino dal novero delle cause generali di non punibilità”¹²⁵.

L'art. 10 *bis* contiene una pluralità di disposizioni in tema di procedura. In particolare il quarto comma, in deroga all'art. 13, comma 3, TU prevede la possibilità di procedere all'espulsione dell'autore del reato senza che sia necessario ottenere il nulla osta dell'autorità giudiziaria procedente e che, una volta acquisita la notizia della avvenuta espulsione o respingimento, il giudice deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Tale sentenza non preclude la riproposizione dell'azione penale in caso di reingresso illegale dello straniero in applicazione dell'art. 345 c.p.¹²⁶.

La disciplina appena descritta si presenta caratterizzata da differenze importanti rispetto all'istituto generale delineato

125Sentenza n. 250 del 2010, par. 11.2.

126In dottrina è stato rilevato come la disposizione sul punto sia priva di un concreto spazio operativo posto che il rientro dello straniero espulso configura già reato ai sensi dell'art 13, comma 13 e 14, TU e posto che il reato in commento, come precedentemente sottolineato, alla luce della clausola di riserva si configura solo nel caso in cui lo straniero non sia stato destinatario di un provvedimento espulsivo, Toriello M., *Il reato*, cit., 83.

dall'art 13, comma 3 *quater*, TU.

La sentenza di non luogo a procedere, in primo luogo, è da adottarsi non solo “nei casi previsti dai commi 3, 3 *bis* e 3 *ter*” dell'art. 13, ma anche quando si sia proceduto all'espulsione ex art. 16 TU e non sussistono limiti di fase che possano circoscriverne l'ambito di applicazione.

Alla luce dell'art. 13, comma 3 *quater*, TU l'espulsione può avvenire fin quando non sia stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, ciò attribuisce all'istituto una funzione deflattiva che prevale sul diritto al processo¹²⁷.

Tale termine non è indicato nell'art. 10 *bis*.

Non pochi i dubbi sollevati in ordine alla legittimità costituzionale della disposizione generale quanto di quella speciale, che riguardano in particolare il ruolo fondamentale rivestito dall'autorità di polizia in ordine al venir in essere dei presupposti necessari alla pronuncia giudiziaria di non luogo a procedere.

In particolare con riferimento all'art. 10 *bis* l'autorità di polizia, nell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento differito, non è sottoposta ad alcuna autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria e vede ampliati i tempi di intervento sul procedimento penale. Ad essere ritenuti violati sono, inoltre, l'art. 111, comma 1, Cost, il principio di obbligatorietà dell'azione penale insieme all'art. 24 Cost, che fissa il diritto dell'imputato a veder riconosciuta la

127La Corte costituzionale ha ricostruito la ratio della sentenza di non luogo a procedere ex art 13, comma 3 *quater*, TU con riferimento al “diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi dal proprio territorio”, v. ord. n. 142 del 2006 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il limite di fase previsto dalla disposizione citata.

propria innocenza da parte del giudice¹²⁸. L'espulsione preclude allo straniero la possibilità che possa essere accertata la sua innocenza rispetto al fatto contestato. Le conseguenze sono di non poco momento perché la sentenza di non luogo a procedere comporta il divieto di reingresso nel nostro paese e l'iscrizione del nominativo dello straniero nel sistema di segnalazione per la non ammissione nell'area Schengen.

Il sesto comma dell'art. 10 *bis* TU dispone la sospensione obbligatoria del procedimento penale quando lo straniero abbia fatto domanda di protezione internazionale di cui al d.lgs. n. 251 del 2007. Nel caso in cui l'istanza sia stata accolta il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Criticabile la scelta della previsione di una sentenza di tipo processuale in quanto l'ingresso, avvenuto nell'esercizio del diritto di asilo, non può che essere ritenuto lecito e lo straniero potrebbe essere assolto nel merito.

Il procedimento di sospensione non è stato previsto per le richieste di ingresso o di permanenza sul territorio dello Stato presentate ex art. 31 TU al tribunale dei minorenni dallo straniero per gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore. In tale caso il procedimento non può essere sospeso e ne seguire la condanna dell'imputato in quanto non è prevista la possibilità del proscioglimento in caso di accoglimento della domanda¹²⁹.

In ordine ai profili processuali competente all'accertamento

128Caputo A., *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato* in Sistema penale e "sicurezza pubblica": la riforma del 2009 (a cura di) Corbetta S., Della Bella A., Gatta G. L., Milano, 2009, 253.

129Torello M., *Il reato*, cit, 84.

del reato de quo è il giudice di pace¹³⁰.

La l. n. 94 del 2009 è intervenuta introducendo agli artt. 20 *bis*, 20 *ter*, 32 *bis* d.lgs. n. 274 del 2000 che trovano applicazione ex art. 10 *bis*, comma 3, TU.

Il procedimento penale in esame è caratterizzato dalla presentazione immediata a giudizio dell'imputato, su richiesta della polizia giudiziaria, quando il reato è procedibile d'ufficio, in caso di flagranza o di evidenza della prova. In tali casi dinanzi al pubblico ministero si aprono una serie di opzioni: egli può chiedere l'archiviazione; procedere in via ordinaria ove ritenga non sussistenti i presupposti per la presentazione immediata; autorizzare la presentazione nei quindici giorni successivi¹³¹. In presenza di gravi e comprovate ragioni di urgenza ovvero in caso di imputato in stato di detenzione può procedersi, ex art. 20 *ter*, alla citazione contestuale in udienza. Il giudizio segue le forme disciplinate dall'art. 32 *bis* d.lgs. n. 274 del 2000.

Dinanzi al giudice di pace non trovano applicazione né l'istituto della sospensione condizionale della pena¹³² né il patteggiamento.

130Art 4, lett. s-bis), d.lgs. 28 agosto 2008, n. 274.

131Secondo la Suprema Corte di Cassazione la disciplina in materia di presentazione immediata a giudizio non è inderogabile, vedi Cass. sez. I, 27 gennaio 2011, imp. Meshri.

132Art 6, d.lgs. 28 agosto 2008, n. 274.

2.3.1.2 UNA NORMA “AL CONFINE”.

La costruzione dell'art. 10 *bis* TU mostra asimmetrie rispetto alle fattispecie che disciplinano reati connessi all'espulsione per due ordini di ragioni: in questi ultimi è previsto espressamente, *in primis*, un termine entro il quale lo straniero deve allontanarsi dal territorio in adempimento all'ordine del questore e, *in secundis*, la clausola del giustificato motivo¹³³.

La clausola del giustificato motivo secondo la Corte costituzionale funziona come una “valvola di sicurezza” permettendo che del fatto di reato non debba risponderci oltre il limite della esigibilità: essa “ha riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche ad esigenze che riflettano la condizione tipica del "migrante economico", sebbene espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime, sempre che — come è ovvio — non ricorrano situazioni riconducibili alle scriminanti previste dall'ordinamento”¹³⁴. Tale previsione, presente nella norma “finitima” dell'art. 14, comma 5 *ter*, TU, manca nel reato c.d. di “clandestinità”. La questione è stata oggetto di

133La mancanza della clausola del giustificato motivo era stata censurata nella lettera inviata dal Presidente della Repubblica al momento della promulgazione della legge n. 94 del 15 luglio 2009.

134Corte costituzionale sent. n. 5 del 2004, ord. n. 386 del 2006, n. 302 e n. 80 del 2004.

trattazione da parte della Consulta con la sentenza n. 250 del 2010, che supera i rilievi mossi con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.

Per il giudice delle leggi la clausola “senza giustificato motivo” non è indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione perché la sua mancanza non impedisce alle esimenti di carattere generale di trovare applicazione e ciò garantirebbe il rispetto del principio costituzionale.

Sicuramente applicabili, come rileva la Corte, sono le scriminanti comuni – ed in particolare l'art. 54 c.p. – come le cause che escludono la colpevolezza, fra queste ultime da ricomprendere l'ignoranza inevitabile della legge penale alla luce dell'art 5 c.p. secondo l'interpretazione fornita con la sentenza n. 364 del 1988 della stessa Corte. Il giudice delle leggi sottolinea la possibilità di ricorrere, con riguardo alla figura dell'illecito trattenimento, al principio ad *impossibilia nemo tenetur*: nel caso dei reati omissivi propri, l'impossibilità di tenere la condotta dovuta esclude la configurabilità del reato già sul piano della tipicità¹³⁵. Ne

135“Con particolare riguardo alla figura dell'illecito trattenimento rimane altresì operante il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive improprie. In rapporto a tali fattispecie l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude – secondo una diffusa opinione - la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione” in Corte cost. sent. n. 250 del 2010 par. 11,2. In dottrina Fiandaca G., voce *Omissione (dir. pen.)*, in Dig. disc. pen., vol. VIII, Torino, 1994, 552 secondo cui: “in base all'antico principio *ad impossibilia nemo tenetur*, è da ritenere che entri a far parte del concetto di omissione tipica

conseguirebbe che un insieme di situazioni, rilevanti come “giustificato motivo” con riguardo al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, verrebbero comunque in considerazione escludendo la configurabilità del reato di “clandestinità”.

La Consulta si preoccupa di sottolineare la differenza fra le fattispecie incriminatrici per giustificare la ragionevolezza del mancato ricorso alla clausola in esame con riguardo all'art. 10 *bis* TU: “la scelta del legislatore di riconoscere efficacia giustificativa, per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore, a situazioni diverse dalle esimenti generali, trova fondamento nella peculiarità di tale forma di espulsione, la cui esecuzione è rimessa allo straniero e la cui adozione è consentita solo ove non sia possibile l'accompagnamento alla frontiera”¹³⁶.

I due reati sono per la Corte non equiparabili, in quanto la contravvenzione che incrimina la “clandestinità” reprime con la sola sanzione pecuniaria la generale inosservanza delle disposizioni in tema di soggiorno dello straniero a prescindere strutturalmente dall'intervento di un provvedimento amministrativo che chiede di essere

l'implicito requisito della “possibilità di agire” nella direzione indicata dalla norma”.

136La Corte sul punto cita l'ordinanza n. 41 del 2009 che ha escluso la configurabilità di una esigenza costituzionale di estensione della clausola del “giustificato motivo” al reato di cui all'art 14, 5 *quater*, TU. Recentemente la Corte Costituzionale con sentenza 13-17 dicembre 2010, n. 359 è ritornata sui propri passi ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma da ultimo citata “nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto dal comma 5 *ter* dell'art 14 TU, sia punita nel solo caso che abbia luogo “senza giustificato motivo”.

adempito in tempi brevi¹³⁷.

La soluzione proposta dalla Corte costituzionale si espone a critiche. Inutile è parso il riferimento all'applicabilità delle esimenti generali¹³⁸. Il problema attiene alla rilevanza di quelle condizioni oggettive o soggettive, non rientranti nelle esimenti generali, ma che impediscono l'adempimento della condotta dovuta. Quella del giustificato motivo funziona quale clausola generale di inesigibilità permettendo che abbiano rilievo situazioni che in concreto non rendono rimproverabile lo straniero per essersi trattenuto illegalmente: la mancata previsione comporta la punibilità di condotte di trattenimento illegale non soggette a pena nel caso in cui la pubblica amministrazione si risolva ad adottare un provvedimento espulsivo.

Criticabile è l'enfaticizzazione delle differenze strutturali fra i reati in questione: ciò che è rimproverato allo straniero è, tanto ai sensi dell'art. 10 *bis* quanto dell'art. 14, comma 5 *ter*, TU, il non essersi conformato alla medesima norma di comando che impone di allontanarsi dal territorio quando

137La pronuncia in esame è stata emessa in un momento antecedente alla sentenza della Corte di giustizia europea El Dridi che ha dichiarato l'incompatibilità della sanzione detentiva prevista all'art 14 comma 5 *ter* con la cd direttiva rimpatri 2008/115/CE e al decreto legge 23 giugno 2011 n. 189 che ha proceduto alla riscrittura dello stesso articolo 14 TU. Al momento della decisione della Corte costituzionale il reato di cui all'art 14, comma 5 *ter*, prevedeva una sanzione detentiva da una a quattro anni per lo straniero che non si allontanasse dal territorio entro cinque giorni dall'ordine del questore.

138Masera L., *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria* in Riv. ital. dir. proc. penale 2010, 1390.

il trattenimento è in deroga alle norma di legge¹³⁹.

La disparità di trattamento sembra ancor più evidente oggi dopo la riscrittura ad opera del decreto legge n. 89 del 2011 del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore.

Venuta meno la sanzione detentiva, il fatto configura un delitto punito con la sola sanzione pecuniaria: l'intervento di un ordine amministrativo non innesca più un “netto salto di qualità”¹⁴⁰ della risposta punitiva. Se il ricorso alla clausola di inesigibilità era reso necessario dalla gravità della risposta sanzionatoria, ci si chiede se la rimodulazione della fattispecie che incide anche sulla sanzione, avvicinandola a quella prevista dall'art 10 *bis*, non possa contribuire a mettere in dubbio la valutazione in ordine alla non irragionevolezza della diversità di trattamento fra i due reati.

Con riguardo alla condotta di trattenimento illegale parte della dottrina ritiene insuperabile in via interpretativa la manca indicazione di un termine per l'adempimento

139“Le indiscutibili diversità strutturali tra le due fattispecie non possono mettere in ombra la profonda affinità, posto che entrambe sanzionano la permanenza illecita dello straniero sul territorio dello Stato, prima o dopo l'emanazione di un ordine di allontanamento; la necessità, più volte evidenziata dalla Corte nella sentenza relativa all'art. 14, comma 5 *ter*, di una clausola che permetta una particolare personalizzazione della risposta penale, deriva dalla considerazione delle gravi difficoltà economiche ed esistenziali che i destinatari del precetto normalmente si trovano a dover affrontare per adempiere all'obbligo di lasciare lo Stato, e sussiste anche in relazione all'art. 10 *bis*” in Masera L., *Corte costituzionale*, cit., 1390.

140Corte costituzionale sent. 250 del 2010, par. 11.2.

dell'azione dovuta¹⁴¹. Secondo la ricostruzione più accreditata della norma ciò che si rimprovera allo straniero, in caso di trattenimento in carenza dei presupposti legali, è la violazione di una norma di comando che impone di allontanarsi dal territorio nazionale. Si è dinanzi, come rilevato, ad un reato omissivo proprio.

Le norme che pongono comandi di agire necessitano di un contesto di fatto – la c.d. situazione tipica – funzionale a concretizzare l'obbligo di agire, in quanto un “comando non può logicamente essere incondizionato”¹⁴².

Per rispondere all'esigenza di porre condizioni che rendano fattibile l'adempimento della condotta comandata, il termine costituisce un elemento essenziale nelle fattispecie omissive pure. Esso può essere fissato anche in modo implicito attraverso formulazioni elastiche.

Con riferimento all'art. 10 *bis* TU è possibile rilevare che non sono fornite indicazioni che permettano l'individuazione del momento entro cui lo straniero è tenuto ad attivarsi per adempiere al comando di allontanarsi dal territorio dello Stato. Tale vuoto non può essere riempito ricorrendo alla disciplina di settore né è possibile ritenere che il giudice caso per caso possa procedere ad una sua definizione.

Da tale mancanza consegue l'impossibilità di adempiere alla comando posto dalla norma.

La condotta penalmente rilevante che configura il trattenimento illegale viene in essere in ogni caso in cui è violata la disciplina amministrativa che regola le condizioni di permanenza dello straniero sul territorio

141Caputo A., *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., 244.

142Pulitanò D., *Diritto penale*, IV ed., Torino 2011, 221.

dello Stato: illecito amministrativo ed illecito penale coincidono perfettamente. Al momento stesso, esemplificativamente, della scadenza dei termini di cui all'art. 5, comma 2, o del permesso di soggiorno la permanenza dello straniero diviene penalmente rilevante¹⁴³.

L'istantaneità di tale circostanza impedisce che possa essere realizzata la condotta prescritta: lo straniero dovrebbe smaterializzarsi, dissolversi al momento del venir meno dei requisiti utili al soggiorno.

La possibilità materiale di adempiere il comando è una condizione logicamente necessaria per il corretto funzionamento di una norma che descrive un reato omissivo puro, l'*impossibilia* cui *nemo tenetur* incide in primo luogo sul piano della tipicità¹⁴⁴ per riverberarsi sulla colpevolezza.

Comandare una condotta rispetto alla quale mancano le condizioni necessarie alla sua realizzazione configura una ipotesi di responsabilità penale che non può dirsi personale. In questo senso la contravvenzione disciplinata all'art. 10 *bis* TU sanziona la condizione di irregolarità mirando alla persona più che ad un fatto.

143Secondo Caputo A., *Ingresso e soggiorno*, cit., 108 “i vari termini previsti per la richiesta del titolo abilitativo del soggiorno o per lo spontaneo allontanamento dello straniero attengono alla fattispecie tipica del reato in esame, sicché ad essi non può farsi riferimento per delineare il termine per la realizzazione dell'azione prescritta”.

144Fiandaca G., cit., 552, “sul piano della tipicità rileva la possibilità materiale di adempiere al comando; la quale può essere esclusa o da una incapacità di agire relativa allo stesso agente ovvero dalla mancanza di condizioni esterne relative al contesto oggettivo”.

Nel porre un comando rispetto al quale manca possibilità materiale di un adempimento, la norma rivela la sua incapacità di svolgere la funzione di tutela cui dovrebbe essere preposta: se la presenza in violazione delle disposizioni legislative lede l'interesse strumentale dello Stato al controllo ed alla corretta gestione dei flussi migratori, la posizione di un comando che non contempla la possibilità materiale di un adempimento disvela l'ineffettività ed il carattere simbolico della disposizione penale.

La norma non è tenuta al conseguimento di alcuno scopo di tutela, non mira ad un risultato in ordine alla protezione di beni giuridici. Pensata come strumento che rendesse inapplicabile la direttiva europea c.d. rimpatri, ha la funzione di inviare un messaggio: essa “rappresenta un gesto fatto per esaltare i valori di un gruppo sociale (...) giacché i simboli hanno la funzione di far riconoscere gli amici dai nemici”. Disposizione ineffettiva rispetto ad una ragione teleologica, effettiva nella comunicazione di messaggi, l'art. 10 *bis* sembra rientrare nel tipo di leggi cd “penali simboliche – alibi”, “volte, non a tutelare realmente beni giuridici di una collettività, ma a rafforzare la fiducia dei consociati nel governo in carica o più in generale nello Stato; il cittadino deve avere la sensazione che i responsabili hanno la situazione in pugno”¹⁴⁵.

145Paliero C. E., *Il principio di effettività del diritto penale* in Riv. ital. dir. proc. penale, 1990, 539.

2.3.1.3 VALUTAZIONE DELLA NORMA SECONDO I CANONI DI SUSSIDIARIETÀ ED EFFETTIVITÀ.

La mancanza nella norma incriminatrice di termine per l'osservanza della condotta prescritta è questione non affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 250 del 2010. La sua introduzione risolverebbe i dubbi sollevati in ordine alla compatibilità della disposizione con il principio di personalità della responsabilità penale, ma non fugherebbe il fondato sospetto che la norma sia affetta da una ineffettività intrinseca.

Nella sentenza citata il giudice delle leggi affronta come prima questione la prospettata violazione del principio di offensività. Secondo i giudici remittenti l'art.10 *bis* TU incriminerebbe non un fatto offensivo di un bene giuridico, bensì sarebbe espressione di un diritto penale d'autore finalizzato alla neutralizzazione dello straniero. La tesi è stata sostenuta anche in dottrina e trova le proprie ragioni nella considerazione che “nessuna situazione concreta è richiesta, diversa dalla violazione del dovere di ingresso o di permanenza per il clandestino extracomunitario; oltre al dato “personale” dell'inosservanza, la presunzione assoluta - (...) di disfunzionalità all'organizzazione ed al controllo statale degli ingressi – vale per la sua appartenenza a una categoria generale di extracomunitari”¹⁴⁶.

146Donini M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo di autore nel controllo penale dell'immigrazione* in *Questione giustizia*, 2009, 126. Secondo l'autore “tipo d'autore e disobbedienza (..) fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e

La Corte affronta le censure mosse alla norma e ne afferma la legittimità alla luce del principio di materialità e di necessaria offensività: oggetto di tutela è l'interesse strumentale dello Stato al controllo e gestione dei flussi che è posto in pericolo da una condotta – ingresso o permanenza - realizzata in violazione delle disposizioni amministrative in tema di immigrazione.

Le argomentazioni della Consulta sono state ritenute peccare di formalismo in ragione della considerazione che il comportamento rimproverato al soggetto agente si sostanzia nella condizione stessa di migrante irregolare¹⁴⁷.

È stato in oltre rilevato come il riferimento alla tutela penale delle funzioni amministrative non garantisca di per sé che la disposizione possa essere ritenuta conforme al principio di offensività. Oggetto di tutela è l'interesse rispetto al quale le funzioni amministrative risultano serventi¹⁴⁸. Sul punto, perché la norma possa essere ritenuta costituzionalmente legittima, è dirimente il “grado di prossimità” rispetto al bene finale della condotta tipica: il rischio, in assenza di una misurazione del rapporto di prossimità fra condotta e bene giuridico, è l'“ipostatizzazione della funzione amministrativa”¹⁴⁹.

I dubbi in ordine alla legittimità della norma non sono

disciplina dei flussi, in vista di interessi – scopo di sicurezza pubblico e ordine pubblico”, *ibid*, 127.

147Secondo Masera “il problema, per il reato, non è tanto l'individuazione di un bene giuridico oggetto di tutela, quanto se la lesione di tale bene sia riconducibile ad una condotta dello straniero, o alla sua mera condizione soggettiva di clandestino”, cfr. Masera L., *Corte costituzionale*, cit., 1385.

148Pulitanò D., *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, 121.

149Caputo A., *Ingresso e soggiorno*, cit., 119.

fugati¹⁵⁰, ma ferma la pronuncia e l'affermazione del carattere offensivo della condotta, si vuole procedere ad una valutazione della disposizione alla luce del principio di sussidiarietà e del criterio di effettività. Autorevolmente è stato rilevato come difficile sia il ricorso per fini ermeneutici al canone di sussidiarietà; esso è sicuramente criterio che orienta l'attività legislativa secondo una logica che predica un ricorso limitato e ragionato allo strumento penale, ma non è strumento in grado di fornire criteri univoci che guidino le scelte del legislatore, cui è demandato il potere di presentare soluzioni secondo valutazioni politiche¹⁵¹. Se il principio di sussidiarietà possa essere utilizzato quale criterio per valutare la legittimità di fattispecie incriminatrici è, dunque, questione complessa e dibattuta¹⁵², ma quelli che restano sul campo sono interrogativi sul senso del ricorso al paradigma penale, rispetto ai quali sussidiarietà ed effettività sono parsi utili punti di riferimento in vista di possibili risposte.

Che l'interesse al controllo e all'ordinata gestione dei flussi possa ritenersi bene meritevole di tutela non può essere revocato in dubbio: una politica migratoria che non tenesse

150Mazzuccato C., *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. La posizione della Corte costituzionale ed i persistenti dubbi di legittimità riguardo ad una norma "lucidamente incoerente"*. Nota alla sentenza della Corte costituzionale del 5 luglio 2010, n. 250 in *Gli stranieri*, 2010, 119.

151Pulitanò D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di) Dolcini E. e Paliero C.E., Milano, 2006, 686.

152Per tutti Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004.

in considerazione le problematiche e le esigenze del paese di accoglienza ed aprisse indiscriminatamente le proprie porte risulterebbe produttrice di effetti negativi sulla tenuta del sistema di welfare, sul mercato del lavoro interno e metterebbe in pericolo l'ordine pubblico¹⁵³. Una gestione dei flussi è necessaria, si pone fondatamente il problema della ridiscussione delle sue modalità attraverso un dialogo che si faccia comprensivo anche delle esigenze reali delle controparti, gli stranieri.

Individuato un bene giuridico meritevole di tutela, si apre per il legislatore un ampio ventaglio di possibili discrezionali scelte in ordine all'*an* ed al *quomodo* della tutela. L'esistenza di una esigenza di protezione non fonda di per sé la necessità del ricorso al diritto penale: in un sistema penale teleologicamente orientato, “la criminalizzazione si legittima solo sulla base di una provata effettività del mezzo-pena rispetto alla scopo prescelto”¹⁵⁴.

Con riguardo all'art. 10 *bis* non sono mancate voci che ne hanno sostenuto l'ineffettività.

Deve premettersi che la Corte costituzionale, secondo un orientamento costante, si è preclusa la possibilità di giudicare l'uso fatto del potere discrezionale da parte del legislatore in ordine alle scelte di criminalizzazione: doglianze di tale tipo sono state ritenute dalla Consulta non accoglibili ove le opzioni legislative non fossero state

153Pighi G., *Le migrazioni negate. Clandestinità, rimpatrio, espulsione, trattenimento*, Milano, 2008, 19; Viganò F., *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3-2010, 16.

154Paliero C.E., *Il principio*, cit., 446.

macroscopicamente irragionevoli¹⁵⁵.

Questo orientamento sembra essere lontano da una possibile riconsiderazione, nonostante la stessa Corte nella sentenza n. 249 del 2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante di cui all'art. 61, n.11 *bis* c.p., nel suo giudizio abbia fatto ricorso ad un parametro più stringente per valutare la legittimità della disposizione: ove la scelta incriminatrice incide su diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, essa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza in quanto restrizioni o limitazioni a diritti inviolabili possono essere poste solo nei casi in cui inderogabile sia l'esigenza di soddisfare interessi pubblici costituzionalmente rilevanti. Presto per un mutamento di giurisprudenza, deve rilevarsi che la decisione verteva in particolare sulla natura discriminatoria dell'aggravante di clandestinità¹⁵⁶.

155Nella stessa sentenza n. 250 del 2010 la Corte costituzionale così si esprime: “l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del precetto e del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli ed arbitrarie”.

156La maggior parte di coloro che hanno commentato la cd aggravante della clandestinità hanno sostenuto che il contenuto della disposizione è in contrasto con il principio di uguaglianza, tra i molti Dodaro G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in Riv. ital. dir. proc. penale, 2008, 1634; Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale – Parte generale*, VI ed., Torino 2010, 441; Masera L., *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in Corr. merito, 2008, 1180; Pulitanò D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in Dir. pen. proc., 2008, 1079.

Tale *self-restraint* non tacita domande sul senso del ricorso al diritto penale in materia di immigrazione e sui possibili limiti che possono essere configurati alla discrezionalità del legislatore¹⁵⁷.

La disposizione di cui all'art. 10 *bis*, osservata al canone della necessità e sussidiarietà, mostra i suoi limiti, le sue incongruenze, la sua fallacia.

L'art. 10 *bis* è norma contraria al principio di sussidiarietà. Le disposizioni penali, per la loro intrinseca capacità di incidere su beni importanti per l'ordinamento, pongono al legislatore dei limiti per cui il ricorso alla sanzione deve giustificarsi alla luce della dimostrazione che altre misure apprestabili, ma meno incisive, di controllo sociale siano non sufficienti. Alla luce del criterio di *extrema ratio* la pena deve essere prevista esclusivamente per quei fatti socialmente dannosi che raggiungano un grado di intollerabilità tale da “fornire per antitesi i punti di orientamento essenziali alla conservazione dell'ordine giuridico-penale”¹⁵⁸. La contravvenzione in esame non attinge diritti fondamentali come la libertà personale, ma non è priva in sé di effetti collaterali gravi incidenti su beni rilevanti, ciò induce alla considerazione che la scelta legislativa necessita di essere sottoposta a valutazione perché se ne possa vagliare l'aderenza ai vincoli di sistema posti alla facoltà di ricorrere alla pena¹⁵⁹.

157Viganò F., *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 15.

158Paliero C.E., *Il principio*, cit., 450.

159È stato rilevato come, “a prescindere dalla tipologia e dall'entità della pena minacciata, la norma penale comporta *sempre* il sacrificio di diritti fondamentali dell'individuo, cfr., Manes V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia*

L'analisi del meccanismo di applicazione della pena prevista per il reato c.d. di “clandestinità” rivela come la sanzione venga costruita come una misura non indispensabile, ma servente e subordinata all'esito del procedimento amministrativo di espulsione¹⁶⁰. La sanzione penale è costruita come una appendice della disciplina amministrativa che nulla è in grado di aggiungere all'efficacia nell'esecuzione delle espulsioni¹⁶¹, le quali possono essere disposte solo nei confronti degli stranieri che possono essere già espulsi in via amministrativa¹⁶². La vera sanzione è l'espulsione, alla cui impraticabilità segue l'applicazione dell'ammenda.

Non siamo di fronte al ricorso ad una misura di tipo penale secondo il principio di sussidiarietà: nel caso al nostro studio la sanzione penale non interviene in soccorso alla ineffettività – secondo il parametro mezzo-scopo - di altre misure di controllo sociale. L'espulsione è, diversamente, il solo strumento utile ed efficace perché i flussi migratori possano essere ricondotti entro gli argini definiti dallo Stato al fine di una loro controllabilità e possibile gestione. La pena, di cui si è detta l'incapacità di garanzia dei beni giuridici tutelati, interviene perché nella pratica quotidiana mancano le risorse economiche per poter procedere all'allontanamento dello straniero presente sul territorio in violazione di legge. Essa non riesce né ad allontanare né a prevenire ingressi di migranti irregolari, ma si staglia nel sistema penal-amministrativo, che caratterizza i reati in materia di immigrazione, per la sua superfluità.

penale in Riv. ital. dir. proc. penale, 2006, 775.

160Bartoli R., *Il diritto penale*, cit., 21.

161Nel sistema “tutte le strade portano all'espulsione”, cfr. Bartoli R., *Il diritto penale*, cit., 20.

162Viganò F., *Diritto penale*, cit., 27.

La dismissione del criterio di *extrema ratio* è svelato, inoltre, dalla mancata selezione da parte del legislatore di quelle condotte, poste in violazione della normativa del d.lgs. n. 286 del 1998, che possano essere ritenute più gravi perché maggiormente pericolose. La distorsione nasce dalla perfetta sovrapposibilità fra illecito amministrativo ed illecito penale: qualsiasi violazione della disciplina in materia di immigrazione è tanto causa della illegalità dell'ingresso e della permanenza che giustifica l'espulsione, quanto dell'illecito penale che fonda l'applicazione della sanzione pecuniaria. Il legislatore ha costruito una fattispecie “onnivora”, armata contro ogni violazione amministrativa. Vuole essere qui censurata non la scelta di ricomprendere in un unico paradigma punitivo condotte penalmente rilevanti che sono fra loro differenti¹⁶³, ma la mancata volontà di operare delle distinzioni lasciando nel setaccio della fattispecie incriminatrice le sole condotte espressione di una particolare gravità. È da rilevarsi come il legislatore, ove in altri campi ha operato scelte di tutela di funzioni amministrative, si è preoccupato di procedere ad una selezione delle condotte cui riconoscere rilevanza penale fra quelle realizzate in violazione delle disposizioni amministrative.

Ancora, l'art. 10 *bis* TU si rivela essere una norma non necessaria. La necessarietà, è stato rilevato, non solo si

¹⁶³La questione è stata sollevata dinanzi alla Corte costituzionale, la quale con la sentenza n. 250 del 2010 ha replicato sostenendo che “la diversa gravità dell'inosservanza potrà essere apprezzata e valorizzata dal giudice in sede di determinazione della pena in concreto” mentre al “legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie distinte per struttura e per valore”.

ricollega strettamente al principio di sussidiarietà, ma pone un vincolo al legislatore il quale è chiamato a ricorrere alla sanzione ove essa sia nella realtà indispensabile per garantire la tutela adeguata del bene giuridico secondo un rapporto di proporzionalità rispetto ai beni su cui essa incide¹⁶⁴.

Con riferimento a questi ultimi la sanzione comminata si caratterizza per la sua sproporzione.

L'introduzione del reato di clandestinità peggiora sensibilmente le condizioni di vita del migrante irregolare, rendendo difficile il godimento di diritti riconosciuti a tutti per il loro carattere fondamentale. In particolare l'obbligo di denuncia dei reati ex artt 361 e 362 c.p. a carico di pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio rende nella realtà impossibile per l'immigrato irregolare la denuncia di reati di cui si ritenga vittima o la proposizione di azioni giudiziarie per far valere i propri diritti¹⁶⁵. La norma ha dei costi gravi in termini sia di sacrifici imposti sulla vita dei suoi destinatari, sia di oneri sulle finanze dello Stato.

Della norma può essere fornita una valutazione con riferimento alla sua effettività, intesa quale "idoneità, scientificamente prognosticata *ex ante* ed empiricamente verificata *ex post*, del mezzo-pena di inibire comportamenti socialmente disfunzionali realizzando un utile sociale superiore al danno sociale che produce"¹⁶⁶.

164Paliero C. E., *Il principio*, cit., 451.

165Sul punto vedi Caputo A., *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice* in *Questione giustizia*, 1-2010, 175. Per tutti Mazzocco della Rocca, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 129 e ss.

166Paliero C.E., *Il principio*, cit., 447.

Secondo tale prospettiva può essere sostenuto che la disposizione in esame è incapace di realizzare l'obiettivo di tutela ricostruito dalla Corte costituzionale perché la sanzione criminale predisposta è mezzo in sé incongruo. La pena pecuniaria non ha efficacia preventiva, non è capace di dissuadere disperati, che molto spesso non hanno materialmente nulla, dall'entrare e dal fermarsi nel nostro Paese dopo viaggi che posso aver messo in pericolo la vita. Tale incapacità pone domande in ordine alla legittimazione di una tale scelta di criminalizzazione.

La soluzione per una maggiore effettività non risiede nell'aggravamento della sanzione, dilatando la cornice edittale o cambiandone la natura in pena detentiva.

Da rilevarsi che tale ultima opzione è preclusa alla luce della normativa europea, in quanto la detenzione, secondo l'orientamento della Corte di giustizia¹⁶⁷, è una sanzione incompatibile con lo scopo cui mira la direttiva n. 115/2007/CE, la quale è finalizzata all'allontanamento dello straniero nel rispetto dei suoi diritti.

L'unica sanzione che può essere prevista per il reato in esame è la pena pecuniaria, essa è l'unico mezzo cui può farsi ricorso. È questa uno strumento utile al fine della gestione e del controllo dei flussi?

Verifiche empiriche¹⁶⁸ svelano come le migrazioni abbiano un carattere strutturale, cause e ragioni profonde rispetto alle quali la minaccia della sanzione non ha alcuna capacità di cura o di dissuasione. Le migrazioni, in particolare quelle irregolari sull'onda di esigenze di sopravvivenza, seguono un ritmo e delle dinamiche sorde

167Corte di giustizia, sez. I, sent. 28 aprile 2011, El Dridi, causa C-61/11

168Koser K., *Le migrazioni internazionali*, Bologna, 2009

alle sorde pretese di tutela dei Paesi verso cui si indirizzano.

2.3.2.1 L'ART 61, N. 11 BIS C.P.

Con il d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (convertito con emendamenti dalla l. 24 luglio 2008, n.125), c.d. Decreto sicurezza, il nostro sistema penale ha visto l'introduzione all'art 61, n. 11 *bis* c.p. della c.d. aggravante della “clandestinità”, dichiarata dalla Consulta incostituzionale con la sentenza n. 249 del 2010. L'aumento della pena era previsto per “l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova(va) illegalmente sul territorio nazionale”.

Si trattava di una aggravante comune che dava rilievo in modo esclusivo alla condizione dello straniero presente illegalmente sul territorio dello Stato, senza che fosse configurabile un nesso tra il reato commesso e la situazione di “clandestinità”¹⁶⁹. Essa riguardava tanto gli stranieri entrati irregolarmente, i c.d. clandestini, quanto coloro che, entrati muniti di titolo, si fossero trattenuti oltre la scadenza dello stesso, c.d. *overstayers*. Esclusi dal campo di applicazione della disposizione erano gli stranieri con cittadinanza europea secondo quanto previsto dal “pacchetto Sicurezza” del 2009, nonostante la

¹⁶⁹Gatta G. L., *Aggravante della “clandestinità” (art. 61 n.11 bis c.p.): uguaglianza calpestata* in www.forumcostituzionale.it

permanenza sul territorio nazionale, anche per quest'ultimi, si possa configurare in violazione di legge.

Per il suo essere una circostanza comune, l'aggravante trovava applicazione per un numero non determinabile a priori di reati, sia delitti che contravvenzioni, previsti tanto dal codice quanto da leggi speciali.

La norma è stata subito oggetto di radicali critiche¹⁷⁰, che ne hanno evidenziato le criticità e l'incompatibilità con i principi costituzionali rilevanti in materia penale.

Sebbene avesse riguardo ad un comportamento del reo – il trovarsi in violazione di legge sul territorio dello Stato¹⁷¹ –

170Fra i tanti autori che si sono cimentati nell'analisi della norma, senza pretesa di esaustività, oltre i riferimenti alla nota n. 81 v. De Donno, *La circostanza aggravante della clandestinità in Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali* (a cura di) Centonze S., Torino, 2010; Donini M., *Cittadino extracomunitario*, cit.; Gatta G. L., *Aggravante*, cit.; Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, III, ed. 2009, 487; Masera L., *Immigrazione in Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza* (d.l. 25 maggio 2008, n. 92 conv. In legge 24 luglio 2008, n. 125) (a cura di) Mazza O., Viganò F., Torino, 2008, 3; Onida V., *Efficacia non scontata per il ricorso al penale* in *Il sole 24 ore*, 22 maggio 2008; Peccioli A., *La clandestinità come circostanza aggravante* in *Diritto penale e processo*, 2009, 42; Pulitanò D., *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, 437; Tovani S., *L'aggravante della clandestinità in Stranieri irregolari e diritto penale*, (a cura di) Degl'Innocenti L., Milano, 2011, 379.

171Secondo la migliore dottrina, la norma non poneva una discriminazione di *status* in senso pieno sul modello delle leggi razziali, in quanto a monte del reato cui si applicava, l'aggravante aveva riguardo ad un comportamento del reo, cfr. Pulitanò D., *Tensioni vecchie e nuove nel sistema penale* in *Diritto penale e processo*, 2008, 1079, secondo altro orientamento la normativa introdotta con i c.d. “pacchetti

la disposizione è stata ritenuta essere contraria al principio di uguaglianza-ragionevolezza.

I dubbi in ordine alla ragionevolezza della discriminazione atenevano alla presunzione assoluta che fondava la norma: lo straniero irregolare meritava, *ceteris paribus*, una pena comunque più grave rispetto al cittadino.

Nulla quaestio in ordine alla possibilità di desumere la capacità a delinquere del colpevole dalla condotta e dalla vita tenuta dal reo prima della commissione del fatto di reato: l'art. 133 c.p. pone criteri aperti di commisurazione della sanzione che possono ricomprendere la condizione di irregolarità dello straniero. Quest'ultima può incidere sulla determinazione del *quantum* di pena da infliggere ove, alla luce di un giudizio in concreto che tenga conto delle peculiarità del caso, sia espressione di una maggiore capacità a delinquere.

Diversamente, è l'aver previsto che lo straniero irregolare meritasse *tout court* una pena più grave che ha fatto percepire lo scricchiolio di un sistema che rischiava di andare *out of joint*¹⁷².

sicurezza” costituisce la prima volta nel nostro Paese in cui dal 1937 si riproducono leggi, sia pure in forma diversa, che possono definirsi “razziali”, cfr. Ferrajoli L., *La criminalizzazione degli immigrati. Note a margine della legge 94/2009* in *Questione giustizia*, 2009, 11, Manna A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore* in *Cassazione penale*, 2011, 457.

¹⁷²Pulitanò D., *Tensioni*, cit., 1081 secondo cui: “la differenza di valutazione, che l'aggravante introduce rigidamente tra il fatto del clandestino e il fatto di chiunque altro, rileva la sostanza di una discriminazione di *status* in ragione di una differenza soggettiva che non ha di per sé un significato immediato e univoco ai fini del giudizio di capacità a delinquere”.

Irragionevole è stato ritenuto¹⁷³ il fondare un diverso trattamento penale sulla mera base della titolarità o meno dello *status civitatis*: l'essere o non essere cittadino nulla dice in ordine alla maggiore offensività del fatto di reato o alla maggiore colpevolezza del suo autore. La presunzione assoluta, che costituiva la trama dell'aggravante della clandestinità, non aveva giustificazioni plausibili in quanto conduceva a conseguenze eterogenee rispetto alle premesse poste: non vi sono risultanze empiriche credibili che dimostrino la maggiore pericolosità del clandestino rispetto al cittadino – e, dunque, la meritevolezza in modo necessario di una pena più elevata -, e ove ciò volesse essere sostenuto è da sottolinearsi che rilievi di ordine statistico nulla sono in grado di dire sul caso singolo.

173Autorevole dottrina ha sostenuto che la disposizione in esame configurasse un'ipotesi di responsabilità oggettiva, illegittima ex art 27, comma 1 e 3, Cost., in ragione della mancanza di collegamento tra il trovarsi clandestinamente in Italia ed il fatto di reato posto in essere, cfr., Donini M., *Il cittadino extracomunitario*, cit., 129; che la circostanza aggravante in esame fosse espressione di un diritto penale d'autore è stato sostenuto anche da Manna, A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore* in Cassazione penale, 446, 454.

2.3.2.2 LA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'AGGRAVANTE DELLA “CLANDESTINITÀ”: UN INTERVENTO DELLA CONSULTA CHE RIPRISTINA I CARDINI DEL SISTEMA PENALE.

La necessità di dismettere logiche presuntive con riferimento agli stranieri, già affermata con la sentenza n. 78 del 2007¹⁷⁴, è stata ribadita dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 249 del 2010¹⁷⁵ che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 61, n.11 *bis* c.p.

Secondo la Corte “la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela dei diritti inviolabili della persona – come una causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più è direttamente connesso alle libertà fondamentali della persona”.

I diritti inviolabili, quali la libertà personale ex art. 24 Cost., afferma ancora la Consulta riprendendo la propria giurisprudenza¹⁷⁶, spettano ai singoli in quanto esseri umani ed a prescindere dalla appartenenza ad una

174Nella sentenza citata può leggersi che: “il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale”.

175Marra G., *Criminali “irregolari”, eguaglianza e diritto penale d'autore. Nota alla sentenza della Corte costituzionale del 08 luglio 2010, n. 249* in *Gli stranieri*, 2010, 241; Masera L., *Corte costituzionale.*, cit., 1386

176Corte costituzionale, sent. 105 del 2001.

determinata comunità politica e richiedono un rispetto “rigoroso” in quanto costitutivi dell'intero ordinamento giuridico; da ciò deriva l'illegittimità di trattamenti penali deteriori che, trascurando il legame con il fatto-reato, siano fondati su mere qualità soggettive. In tali casi viene ad essere costruita una ipotesi di responsabilità penale d'autore che viola il principio di necessaria offensività¹⁷⁷, valevole anche per gli *accidentalia delicti*, imprescindibile in un sistema che si giustifica in vista della tutela di beni giuridici.

Interventi normativi che limitino i diritti fondamentali pongono “la necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione e di constatare l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale”. Su tale premessa i giudici delle leggi sostengono, in modo ritenuto “non scontato”¹⁷⁸, che “la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo del rispetto del principio di uguaglianza, l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza”¹⁷⁹. È richiesto uno scrutinio “stretto” della fattispecie sospettata di incostituzionalità, in considerazione del rilievo che l'art. 3 Cost. pone un divieto di discriminazione con riferimento alle “condizioni personali e sociali”¹⁸⁰.

Una norma che incida su diritti fondamentali, che godono di copertura costituzionale, richiede secondo la Corte un verifica stringente della sua ragionevolezza di tal che la

177Paragrafo n. 4.1 della sentenza n. 249 del 2010.

178Masera L., *Corte costituzionale.*, cit., 1377.

179La Corte sul punto riprende la pronuncia n. 393 del 2006 in tema di norme di favore.

180Dodaro G., *Discriminazione.*, cit., 1637.

legittimità della norma potrà sostenersi in presenza di positive ragioni di tutela di beni giuridicamente rilevanti. Il giudizio di condotto dalla Consulta conduce ad una rimediazione *funditus* della stessa opzione penale, lasciando emergere come il fulcro delle argomentazioni sia l'assenza di un apprezzabile oggetto di tutela.

Alla ricerca del contro-interesse la cui tutela avrebbe potuto giustificare il trattamento peggiore previsto dall'aggravante in esame, la Consulta ha rilevato come la norma non abbia potuto trovare alcuna giustificazione alla luce del principio di offensività. La finalità di contrastare l'immigrazione clandestina si pone come scopo indiretto non ragionevole né sufficiente per giustificare un trattamento penale peggiore: la distanza fra la condizione di illegalità ed i singoli beni oggetto di tutela da parte delle norme incriminatrici, la cui violazione sostanzia il reato cui l'aggravante de quo accede, disvela che “la *ratio* sostanziale posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato clandestino”. (..) “Ciò determina un contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive in modo rigoroso che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali”¹⁸¹.

Considerazioni possono essere svolte con riferimento al parametro adottato dalla Corte per vagliare la legittimità della norma.

I giudici della legge chiedono che, dinanzi ad opzioni che incidono diritti inviolabili, il ricorso allo strumento penale risponda a scelte di tutela che vanno giustificate fornendo argomentazioni ragionevoli in ordine al bene protetto ed

181 Paragrafo n. 9 della sentenza n. 249 del 2010.

alla ineluttabilità della limitazione stessa dei diritti.

Il riferimento al bene giuridico ha svolto un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte al fine di vagliare la ragionevolezza del ricorso al diritto penale secondo un approccio che ha posizionato le “garanzie e i diritti (..) in una dimensione dialettica e spiccatamente oppositiva rispetto alle eventuali limitazioni imposte con la minaccia penale”¹⁸².

Secondo la migliore dottrina, in una prospettiva che sembra esser stata fatta propria nel giudizio di legittimità costituzionale, schemi presuntivi non possono fondare la “compressione di libertà fondamentali” anche nel caso in cui l'intervento limitativo voglia esser giustificato in vista della tutela di altri beni in quanto la tutela di interessi che costituiscono “limiti impliciti o espliciti alla libertà (..) non può comprimere la libertà se non nei limiti del pericolo concreto”¹⁸³.

Si tratta di un “bilanciamento faticoso” soprattutto nei casi difficili in cui sono in campo più interessi di rango costituzionali, non facilmente gerarchizzabili¹⁸⁴.

In realtà la questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, n.11 *bis* c.p. sembra un “caso facile”.

Le ragioni di tale affermazione risiedono non nella considerazione della illegittimità della finalità di tutela, come, infatti, afferma la Corte “la violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori può essere penalmente sanzionata, per effetto di una scelta politica del legislatore non censurabile in sede di controllo di legittimità

182Manes V., *Attualità*, cit., 767.

183Pulitanò D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico* in Riv. ital. dir. proc. penale, 2006, 795.

184Manes V., *Attualità*, cit., 768.

costituzionale”¹⁸⁵.

Ciò che ha reso la questione di facile soluzione è stata la considerazione dell'inoffensività della condizione selezionata dalla norma oggetto di censura in quanto fondata su di una presunzione assoluta di pericolosità funzionale all'identificazione di un “tipo di autore” assoggettato sempre ad un trattamento penale più severo. È quella in esame una ipotesi di diritto penale d'autore allo stesso modo dell'aggravante di cui all'art. 688 cp.v. c.p. dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 354 del 2002¹⁸⁶.

Al legislatore è vietato, alla luce delle disposizioni costituzionali che strutturano un sistema di diritto penale del fatto servente finalità di tutela, introdurre “automaticamente e preventivamente giudizi di pericolosità”: questi devono diversamente essere fondati su un accertamento concreto che tenga conto delle circostanze oggettive del caso e delle caratteristiche personali del soggetto.

Da tale prospettiva l'art. 61, n.11 *bis* c.p. mostrava la sua manifesta irragionevolezza.

185Paragrafo n. 9 della sentenza n. 249 del 2010.

186Il confronto fra l'aggravante della clandestinità e quella dell'ubriachezza è svolto sia dalla sentenza della Consulta n. 249 del 2010 sia da Donini M., *Il cittadino extracomunitario*, cit., 129.

2.3.2.3 CONSEGUENZE DELLA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ.

La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 61, n. 11 *bis* c.p. ha posto il problema della sorte cui debbano andare incontro le sentenze che hanno applicato l'aggravante al fine di determinare la pena da infliggersi.

La questione è stata affrontata in dottrina¹⁸⁷ ed in giurisprudenza¹⁸⁸ e si pone in termini differenti a seconda che la sentenza sia o meno passata in giudicato.

Più facile il secondo caso: la pronuncia può essere riformata in grado di appello o essere oggetto di annullamento da parte della Corte di Cassazione.

La Cassazione¹⁸⁹, nello statuire su una sentenza nella quale aveva trovato applicazione l'art. 61, n. 11 *bis* c.p., ne ha provveduto all'annullamento senza rinvio per il sopravvenire di una causa di nullità – rilevabile d'ufficio – discendente dalla dichiarazione di illegittimità

187Zirulia S., *Aggravante della “clandestinità” e giudicato: rimuovibili gli effetti? Commento a Tribunale di Milano, ord. 26 gennaio 2011 – Giudice Corbetta – D.A.* in *Corriere del merito*, 2011, 507; Gambardella M., *Le conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61, n.11 bis c.p.* in *Cassazione penale*, 2011, 1350; Zirulia S., *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?* in www.penalecontemporaneo.it.

188Cass. sez. VI., n. 40836 del 17 novembre 2010, imp. Nasri; Cass. sez. II, n. 8720 del 11 febbraio 2011, imp. N.; Trib. di Milano, ord., 26 gennaio 2011 – Giud. Corbetta – D.A.; Trib. di Verona, ord., 27 luglio 2010 – Giud. Ferraro – I.D.

189Cass. sez. VI., n. 40836 del 17 novembre 2010, imp. Nasri.

costituzionale della circostanza aggravante di “clandestinità” e riguardante la qualificazione aggravata della condotta insieme alla definizione del trattamento sanzionatorio applicato¹⁹⁰.

L'effetto abolitivo prodotto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 250 del 2010 sull'art. 61, n. 11 *bis* c.p. ha comportato, argomenta la Corte, la sopravvenuta illegittimità parziale della contestazione ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p.

Se gli esiti della decisione – eliminazione degli effetti prodotti dalla circostanza in punto di determinazione della pena - hanno trovato positivo riscontro in dottrina¹⁹¹, non così le ragioni giuridiche poste alla base della decisione.

Se, senza dubbio di sorta, la dichiarazione di incostituzionalità non costituisce un'ipotesi di *abolitio criminis* ex art. 2, comma 2, c.p., da ciò non deriva automaticamente l'applicazione del comma 4 del medesimo articolo al caso di declaratoria di illegittimità di un elemento accidentale del delitto, ferma la rilevanza penale della condotta tenuta¹⁹²: successione di leggi nel tempo e dichiarazione di illegittimità costituzionale sono fenomeni fra loro differenti, retti da disciplina e principi diversi.

190Secondo la pronuncia cui si fa riferimento (v. nota 111) “l'impugnata sentenza (pronunciata ex art. 444 c.p.p.) deve essere annullata senza rinvio con restituzione degli atti al Tribunale (..) per l'ulteriore corso di giustizia, perché la pena illegittimamente approvata dal giudice di merito priva di validità la piattaforma negoziale sulla quale è maturato l'accordo sanzionatorio intercorso tra le parti e rende nulla la sentenza che ha ratificato quell'erroneo accordo”.

191Zirulia S., *Quale sorte*, cit., 4.

192Zirulia S., *Aggravante della clandestinità*, cit., 512.

Se il primo è dato dal sopravvenire in senso diacronico di leggi legittime di pari rango conformemente alla discrezionale disposizione del legislatore, il secondo attiene a norme in contrasto con il disposto costituzionale ed oggetto di annullamento ad opera della Corte costituzionale alla luce del criterio gerarchico.

Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sono disciplinati agli artt. 136 Cost, e 30, comma 3 e 4, l. n. 87 del 1957.

Come rilevato¹⁹³ nel caso di sentenze non ancora passate in giudicato, optare per la disciplina dettata in tema di declaratoria di illegittimità costituzionale, piuttosto che a favore di quella successiva, non produce risvolti pratici differenti: nell'uno e nell'altro caso ne deriva la rimozione degli effetti prodotti *quoad poenam* dalla circostanza aggravante dichiarata illegittima.

Più problematica la questione vertente sulla sorte delle sentenze passate in giudicato.

Applicando, conformemente all'orientamento espresso dalla giurisprudenza, la disciplina che regola la successione di leggi (nel tempo alla declaratoria di illegittimità della circostanza aggravante,) il limite del giudice è insormontabile: la pena, una cui parte è inflitta sulla base dell'aggravante illegittima, non potrà essere rideterminata in sede di esecuzione permettendo la rimozione degli effetti della norma incostituzionale.

Optando ragionevolmente per l'applicazione della normativa regolativa delle conseguenze scaturenti da pronunce di accoglimento di questioni di legittimità costituzionale, il giudicato può essere travolto ove la dichiarata illegittimità dell'aggravante sia ricondotta alla

193Zirulia S., *Quale sorte*, cit., 1.

disciplina posta al comma 4 dell'art. 30, l. n. 87 del 1957. Come affermato da costante giurisprudenza, le sentenze *de quo* pronunciate dalla Consulta hanno effetto retroattivo entro il limite delle situazioni giuridiche consolidate, che divengono tali nei casi in cui la sentenza sia passata in giudicato, l'atto amministrativo non sia più impugnabile o siano maturati i termini della prescrizione o della decadenza.

Il limite del giudicato, secondo una esigenza di tutela della certezza dei rapporti giuridici, è ricavato in via interpretativa dal comma 4 dell'art. 30 l. n. 87 del 1957 che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali esclusivamente quando, in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale, è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna.

Ragioni di favore nei confronti di un bene fondamentale quale la libertà personale hanno indotto il legislatore a prevedere che il giudicato venga ad essere travolto nel caso di *abolitio criminis* e di declaratoria di incostituzionalità di norme incriminatrici: nell'uno e nell'altro caso appare ingiusta l'applicazione di una pena in ragione di una norma non più presente nel nostro ordinamento o predicata contraria al disposto costituzionale.

Con riguardo al caso della dichiarata illegittimità della circostanza aggravante di "clandestinità" si è posto il problema di una sua possibile riconduzione entro l'ambito di applicazione dell'art. 30, comma ult., l. n. 87 del 1953.

Argomentazioni in tal senso favorevoli sono individuate, dalla dottrina che ha affrontato la problematica, nella considerazione che la norma incide sulla determinazione della sanzione penale e di conseguenza sul diritto alla

libertà personale ¹⁹⁴.

La logica espressa dal principio di certezza dei rapporti giuridici e sottesa al limite posto alla retroattività delle sentenze di incostituzionalità non trova spazio in materia penale ove è da bilanciarsi con la preminente esigenza di tutela della libertà alla luce dell'art. 13 Cost.¹⁹⁵: la *ratio* che informa di sé l'art. 30, comma 4 permette che esso trovi applicazione anche nel caso in cui ad essere illegittima non sia esclusivamente una fattispecie incriminatrice, ma anche una circostanza aggravante. Sul punto in giurisprudenza è stato rilevato che la parte di pena determinata in applicazione dell'aggravante illegittima non è in grado di adempiere alla funzione rieducativa prevista all'art. 27, comma 3, Cost. in quanto inflitta sulla base di una norma incostituzionale¹⁹⁶.

Discusse le conseguenze sul piano processuale.

Il rimedio in caso di *abolitio criminis* quanto di dichiarata incostituzionalità di una norma incriminatrice è previsto dall'art. 673 c.p.p: il giudice dell'esecuzione ha il potere di revocare la sentenza ponendo nel nulla il giudicato.

Con buone ragioni è stata sostenuto l'impossibilità di procedere ad una applicazione analogica dell'articolo da ultimo citato nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante.

Non incontrovertibile la natura non intenzionale della lacuna e la non eccezionalità del rimedio di cui all'art. 673 c.p.p., le maggiori perplessità derivano dal rilievo che l'applicazione della norma al caso non contemplato comporterebbe un ampliamento della portata precettiva

194Zirulia S., *Quale sorte*, cit., 2; Zirulia S., *Aggravante della clandestinità*, cit., 513.

195Gambardella M., *Le conseguenze*, cit., 1367.

196In tal senso, cfr. Trib. Milano, ord. 26 gennaio 2011.

della disposizione processuale, facendo derivare “conseguenze non previste per un caso non previsto”¹⁹⁷: la norma attribuisce all'organo giudicante il potere di revocare la sentenza nel momento in cui la disposizione su cui è stata fondata la decisione giurisdizionale, e la derivante sanzione, sia venuta meno, ove illegittima sia una circostanza aggravante applicata ad un fatto che conserva la propria penale rilevanza, sorge l'esigenza di una rimodulazione della dosimetria della pena, fermo il riconoscimento della responsabilità dall'agente.

Dinanzi a tali rilievi le strade prospettate sono due.

Da un lato si apre la via per sollevare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la disposizione processuale che disciplina la revoca della sentenza in considerazione della irragionevolezza dell'opzione legislativa di escludere che il giudicato possa essere modificato nel caso in cui un'aggravante sia dichiarata incostituzionale.

Si è, come detto, dinanzi ad una norma che incide sulla quantificazione della pena e ragioni di *favor libertatis* dovrebbero indurre a trattare situazioni simili in modo simile. La Corte costituzionale potrebbe intervenire colmando la lacuna attraverso una “sentenza interpretativa additiva, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di revocare la sentenza e rideterminare la pena inflitta ove la dichiarazione di incostituzionalità abbia ad oggetto una circostanza aggravante”¹⁹⁸.

La seconda strada prospettata attiene alla possibilità per il

197Gambarbella M., *Le conseguenze*, cit., 1363.

198Gambarbella M., *Le conseguenze*, cit., 1367 e ss.

giudice dell'esecuzione di ricorre all'art. 666 c.p.p.¹⁹⁹.
Tale disposizione processuale disciplina il procedimento di esecuzione all'interno del quale il giudice è chiamato a conoscere e ad occuparsi di ogni aspetto che attenga all'*an* ed al *quomodo* dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale²⁰⁰.

La competenza del giudice dell'esecuzione ha natura funzionale e comprende ogni oggetto che afferisca alla funzione svolta in tale fase: l'art. 665 c.p.p. pone quale regola generale che il giudice è "competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento" che ha deliberato.

Su tale presupposto il ricorso al procedimento camerale ex art. 666 c.p.p. permetterebbe, al fine di dare attuazione concreta alla decisione giurisdizionale, la risoluzione non solo delle questioni oggetto di una specifica disciplina, ma soprattutto di quelle che ne sarebbero prive: fra queste ultime il potere di ridosare la pena al netto dell'aggravante dichiarata incostituzionale.

Recentemente la prima sezione della Corte di Cassazione²⁰¹ si è pronunciata affrontando la questione della non esigibilità del giudicato di condanna per la parte in cui è riferibile all'applicazione della circostanza aggravante "della clandestinità" colpita da dichiarazione di

199Zirulia S., *Aggravante*, cit., 515 e s.

200Tonini P., *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2008, 709.

201Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011 (dep. 13 gennaio 2012), n. 977. Pres. Giordano, Rel. Di Tomassi, ric. Haouhu reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, con nota di Scoletta M., *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante*.

illegittimità costituzionale.

Secondo i giudici della Suprema Corte nel caso di specie non trova applicazione l'art. 673 c.p.p.

La norma, prevedendo che il giudice dell'esecuzione dichiarare con la revoca della sentenza che il fatto non è previsto dalla legge come reato, vede limitato il proprio campo di applicazione alle sole ipotesi in cui l'*abolitio criminis* o la dichiarazione di incostituzionalità abbiano ad oggetto le sole norme incriminatrici.

Restano fuori dal campo di applicazione della norma processuale disposizioni che incidono sul trattamento penale, ma che non introducono un autonomo titolo di reato.

La revoca parziale della sentenza di condanna con riferimento alla quota di pena irrogata in ragione dell'aggravante dichiarata incostituzionale è, invece, permessa - secondo la Corte - ricorrendo al solo disposto dell'art. 30 legge 11 marzo 1953, n. 87.

La sentenza che dichiara l'incostituzionalità di una norma ha un'efficacia invalidante, la cui portata retroattiva è definita dalla norma da ultimo citata e dall'art. 136 Cost.

La disposizione di cui all'art. 30 l. 87/1953 in particolare, attribuendo al giudice dell'esecuzione il potere di "cancellare" la sentenza di cognizione, consente la scissione del singolo capo d'accusa e la risoluzione del giudicato con riferimento agli elementi circostanziali del reato.

Se così non fosse, ad essere violati sarebbero i principi di personalità, proporzionalità e rimproverabilità desumibili dall'art. 27 Cost. che attengono alla funzione stessa della pena.

La Corte conclude affermando che "gli artt. 136 e 30,

comma 3 e 4, l. 87/1953 ostano all'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza della applicazione di una circostanza aggravante costituzionalmente illegittima”.

2.3.3.1 I REATI COLLEGATI ALL'ESPULSIONE: IN PARTICOLARE I REATI DI INGIUSTIFICATA INOSSERVANZA DELL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO DEL QUESTORE (ART. 14, COMMA 5 *TER* E 5 *QUATER*, TU).

Il perno fondamentale intorno cui ruota l'intera disciplina in materia di migrazioni irregolari è l'espulsione, provvedimento attraverso cui viene realizzato l'allontanamento dello straniero presente illegalmente dal territorio nazionale.

La misura espulsiva vive in bilico fra la dimensione del suo dover essere secondo le disposizioni legislative e quella del suo essere nella realtà: la distonia trova origine nella difficoltà di reperire le risorse economiche necessarie da finalizzarsi all'allontanamento dello straniero e comporta che il maggior numero dei provvedimenti espulsivi, ove previsto, non venga eseguito con l'accompagnamento alla frontiera.

Tale scollamento fra le dinamiche innescate nella realtà quotidiana e le disposizioni normative ha indotto un

legislatore attento ai malumori e le insofferenze popolari, spesso frutto di processi definiti di *scapegoating*²⁰², a ricorrere in modo sempre più massivo al diritto penale, quale espressione del dispiegamento della forza massima dello Stato nella soluzione di questioni di particolare complessità.

Dell'efficacia e dell'effettività di tale opzione ragionevolmente si dubita.

Intorno all'espulsione è stata costruita una pluralità di reati, dal carattere marcatamente sanzionatorio, in virtù dei quali la sanzione penale si pone a tutela dei provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare²⁰³ da eseguirsi o già eseguiti.

Lo stretto intrecciarsi fra previsioni di natura penale ed amministrativa induce a soffermarsi sui caratteri e le fasi fondamentali del procedimento espulsivo.

La materia è stata recentemente oggetto di modifiche profonde realizzate dal d.l. 26 giugno 2011 n. 189 (convertito con modificazione con la legge 2 agosto 2011 n. 129), mirante ad attuare la direttiva 2008/115/CE c.d.

202Guolo R., *Identità e paura: gli italiani e l'immigrazione*, Udine, 2010, 52 afferma che “le tensioni sollevate dalla presenza degli immigrati appaiono un caso di trasferimento su un capro espiatorio collettivo delle frustrazioni provocate dal sommarsi di problemi indotti dalla globalizzazione. Si tratta di *scapegoating*, ovvero della tendenza a proiettare la propria vittimizzazione su un oggetto concreto che può assumere forme diverse. (Tale processo) si traduce nella ricerca di un pretesto contro cui combattere per ricomporre e dare senso all'agire del singolo e non solo”.

203Caputo A., *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative* in *Diritto penale e processo*, 2009, 10.

rimpatri²⁰⁴.

L'espulsione è disposta secondo l'art. 13, comma 1, TU per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato dal Ministro dell'interno nei confronti di stranieri che possono essere regolarmente presenti, anche se non residenti, sul territorio nazionale.

Il secondo comma del medesimo articolo disciplina i casi in cui l'espulsione è disposta dal prefetto.

Tali ipotesi riguardano lo straniero, entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, che non sia stato respinto ai sensi dell'art. 10 (lett. a)); lo straniero che

204Sino all'adozione del d.l. n. 89 del 2011 la procedura aveva inizio con il decreto di espulsione del prefetto cui seguiva il decreto del questore. La modalità prevista in via ordinaria per dare esecuzione all'atto d'espulsione era l'accompagnamento coattivo alla frontiera dell'immigrato irregolare, cui doveva procedersi in modo immediato dopo la convalida effettuata dal giudice di pace (art. 13, comma 4). Ove non possibile l'accompagnamento, il questore procedeva all'adozione di un decreto – oggetto di convalidata ad opera del giudice di pace - con cui era disposto il trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione per un periodo non superiore ai 180 giorni. Nel caso in cui non fosse stato possibile procedere al trattenimento o fosse decorso il termine massimo utile alla detenzione, il questore adottava un decreto con cui era ordinato allo straniero di allontanarsi dal territorio dello Stato entro i successivi cinque giorni. Ai sensi dell'art 14, comma 5 *ter*, l'inosservanza di tale ordine in assenza di un giustificato motivo costituiva reato per il quale era prevista la pena della reclusione da uno a quattro anni. All'accertamento del reato seguiva una nuova procedura di espulsione. In tale ultimo caso, inseguito all'inadempimento di un nuovo ordine di allontanamento, lo straniero, ai sensi dell'art. 14, comma 5 *quater*, era punito con la reclusione da uno a cinque anni.

si sia trattenuto nel territorio nazionale in assenza della comunicazione di cui all'art. 27, comma 1-*bis*, senza aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti ovvero quando il permesso di soggiorno sia stato revocato, annullato, rifiutato ovvero sia scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo ovvero lo straniero che si sia trattenuto in violazione della normativa in materia di permanenze brevi (lett. b)); lo straniero appartenente ad una delle categorie indicate dalle legge espressione di una sua particolare pericolosità (lett. c)).

Il provvedimento emesso con decreto motivato è immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa.

Secondo la previsione normativa, l'espulsione non può essere disposta nei confronti dello straniero identificato nell'atto di uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne (comma 2 *ter*).

Disposto l'allontanamento, si prospettano una pluralità di possibili alternative.

L'espulsione deve essere eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica quando è stata disposta dal Ministro dell'interno o riguarda uno straniero rientrante in una delle categorie della lett. c) del comma 2; quando sussiste il pericolo che lo straniero possa fuggire; quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta; quando lo straniero non abbia osservato, senza giustificato motivo, il termine concesso per la partenza volontaria; quando l'espulsione è disposta quale sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale; quando lo straniero non ha fatto richiesta di un termine per partire volontariamente (comma 4).

Il destinatario di un provvedimento espulsivo, qualora non ricorrano le condizioni per procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera, può chiedere al prefetto la concessione di un termine per la partenza volontaria. Valutato il caso concreto, il prefetto con lo stesso provvedimento di espulsione intima allo straniero di lasciare volontariamente il territorio entro un termine di 7 giorni prorogabile fino a 30 (comma 5).

Ove concesso il termine, il prefetto chiede allo straniero di dimostrare di avere a propria disposizione risorse economiche sufficienti di fonte lecite per un importo proporzionato al periodo concesso e dispone la consegna del passaporto o di altro documento equipollente da restituire alla partenza ovvero impone, alternativamente, di dimorare in un luogo individuato dove lo straniero possa essere reperito facilmente o di presentarsi secondo cadenze prestabilite presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Per il contravventore di tali misure è prevista la sanzione della multa dai 3.000 ai 18.000 euro (comma 5.2).

Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una autorizzazione del Ministero dell'interno per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque. La violazione di tale disposto è sanzionata con la reclusione dai uno a quattro anni; il titolo del reato muta in ragione dell'organo che ha adottato il provvedimento espulsivo: è contestato il reato di cui all'art. 13, comma 13, ove l'espulsione sia stata disposta in via amministrativa, il comma 13 *bis* nel caso in cui vi abbia provveduto il giudice.

È previsto l'arresto obbligatorio dell'autore del fatto anche fuori dai casi di flagranza ed il procedersi con il rito

direttissimo (comma 13 *ter*).

Secondo l'art. 14 T.U. quando non sia possibile procedere all'immediato accompagnamento alla frontiera o al respingimento, il questore dispone che lo straniero venga trattenuto per il tempo strettamente necessario alla preparazione del rimpatrio o all'effettuazione dell'allontanamento presso un centro di identificazione ed espulsione, c.d. c.i.e. (comma 1).

Ove lo straniero posseda un documento identificativo e l'espulsione non sia stata disposta dal Ministro dell'interno o ai sensi dell'art. 13, comma 2 lett. c), il questore ha il potere di disporre misure alternative alla detenzione amministrativa quali la consegna del documento, l'obbligo di dimora o di presentazione presso il competente ufficio di pubblica sicurezza. Anche in tal caso il contravventore è sanzionato con una multa dai 3.000 ai 18.000 euro.

I provvedimenti con i quali è disposto tanto l'accompagnamento alla frontiera quanto il trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione sono oggetto di controllo e convalida da parte del giudice di pace competente.

La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni, prorogabili, su richiesta del questore, fino ad un massimo complessivo non superiore a diciotto mesi durante i quali può essere eseguita l'espulsione o il respingimento possono essere eseguite anche prima della scadenza del termine (comma 5).

Qualora non sia stato possibile il trattenimento ovvero la permanenza presso tale struttura non abbia consentito l'allontanamento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro un termine di 7 giorni.

Tale ordine è dato con provvedimento scritto indicante le conseguenze in caso di violazione.

L'inadempimento è causa dell'applicazione della sanzione pecuniaria della multa la cui cornice edittale muta in ragione del tipo di provvedimento espulsivo violato.

Qualora non si sia potuto procedere all'accompagnamento alla frontiera è disposto, ove possibile, il trattenimento in un c.i.e. cui segue una nuova intimazione di lasciare il territorio dello Stato (comma 5 *ter*).

Ove tale lo straniero risulti inadempiente di tale ultimo ordine di allontanamento emesso dal questore, la sanzione prevista è la multa da 15.000 a 30.000 euro (comma 5 *quater*).

2.3.3.2 DALLA FORMULAZIONE ORIGINARIA ALLA DISCIPLINA INTRODOTTA CON LA LEGGE N. 94 DEL 2009.

L'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore è prevista e punita all'art. 14, comma 5 *ter*, del TU.

Sino al recente intervento normativo posto in essere dal d.l. 26 giugno 2011 n. 189 (convertito con modificazione con la legge 2 agosto 2011 n. 129), attuativo della direttiva europea c.d. rimpatri, tale reato aveva svolto un “ruolo di

primo piano”²⁰⁵ nell'attività quotidiana dei tribunali italiani. Oggi, modificata la pena edittale prevista, il fatto illecito configura un delitto sanzionato non più con la reclusione da uno a quattro anni, ma con una multa il cui accertamento rientra nella competenza del giudice di pace²⁰⁶.

La storia di tale reato è travagliata e complessa, nel suo procedere lungo l'arco di circa dieci anni mostra le difficoltà e l'ondeggiamento del legislatore nella disciplina del procedimento espulsivo.

Il reato in esame è stato inserito nel nostro ordinamento con la legge n. 189 del 30 luglio 2002²⁰⁷, c.d. Bossi-Fini, che ha proceduto alla introduzione delle due contravvenzioni di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e *quater* e di due reati con l'art. 13, comma 13 e 13 *ter*,; mentre con le prime era sanzionata l'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore nei confronti dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, con i secondi venivano incriminate le condotte violative del divieto di reingresso poste in essere dalla straniero già espulso.

Secondo il modello originario delineato nel 2002 l'espulsione doveva eseguirsi sempre con l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero irregolare, ove ciò non fosse stato possibile seguivano la

205Caputo A., *I reati collegati all'espulsione*, cit., 11.

206Secondo l'art. 14, comma 5 *quinques*, TU “al procedimento penale per i reati di cui agli articoli 5 *ter* e 5 *quater* di applicano le disposizioni di cui agli articoli 20 *bis*, 20 *ter* e 32 *bis* del d.lgs. 28 agosto del 2000, n. 274.

207Calcagno E., *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla “Bossi-Fini”* in *Diritto penale e processo*, 2004, 839.

detenzione amministrativa presso un luogo all'uopo preposto, denominato centro di permanenza temporanea (c.p.t.), e l'ordine del prefetto di allontanamento dal territorio nazionale da adempiersi entro cinque giorni.

L'inadempimento dell'intimazione a lasciare il suolo italiano configurava una contravvenzione, punita con l'arresto da sei mesi ad un anno, per la quale era previsto l'arresto obbligatorio, il rito direttissimo ed una nuova, successiva espulsione.

I primi problemi interpretativi si pongono con riguardo all'interpretazione ed alla compatibilità con il principio di sufficiente determinatezza della clausola prevista dalla norma incriminatrice del giustificato motivo. Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 5 del 2004 che ha proceduto a dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità sollevata.

Secondo la Corte la formula del giustificato motivo svolge il compito di ridurre l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, dando rilievo, fuori da casi in cui si configura una causa di giustificazione, “a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidono sulla stessa possibilità, soggettiva o oggettiva, di adempiere l'intimazione, escludendola o rendendola difficoltosa”²⁰⁸.

Rileva sul punto il giudice delle leggi che l'ordine di allontanamento, emesso ex art. 14, comma 5 *bis*, è adottato in surroga dell'accompagnamento coattivo proprio in situazioni in cui l'esecuzione dell'espulsione rimessa alla forza pubblica si è caratterizzata per particolari elementi di difficoltà. Le situazioni, che hanno impedito l'allontanamento forzoso, non possono che rilevare al fine della valutazione della possibilità da parte dello straniero

208Corte cost., sent. n. 5 del 2004, par. 2.1.

di adempiere all'ordine dell'autorità insieme a condizioni di particolare pregnanza²⁰⁹, con esclusione delle difficoltà economiche proprio della condizione di migrante.

Sempre nel 2004 i giudici della Consulta, dichiarando con la sentenza n. 223 l'illegittimità costituzionale del comma 5 *quinquies* dell'art. 14 TU per violazione con gli artt. 3 e 13 Cost., affrontano il difficile nodo della previsione della misura dell'arresto obbligatorio per lo straniero inottemperante all'ordine di lasciare il territorio emesso dal questore.

209Secondo la Corte “il carattere "elastico" della clausola si connette, nella valutazione legislativa, la impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a "giustificare" l'inosservanza del precetto. (...)I motivi che a mente dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 legittimano la pubblica amministrazione a non procedere, in deroga al drastico imperativo di cui all'art. 13, comma 4 («l'espulsione è sempre eseguita ...»), all'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera — necessità di soccorso; difficoltà nell'ottenimento dei documenti per il viaggio; indisponibilità di vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo (non, però, ovviamente, la mera difficoltà di accertare l'identità o la nazionalità dello straniero, che debbono presumersi a lui ben note) — non possono non costituire sicuri indici di riconoscimento di situazioni nelle quali può ravvisarsi, per lo straniero, la sussistenza di «giustificati motivi» per non ottemperare all'ordine del questore. E ciò in specie (*ad impossibilia nemo tenetur*) quando l'inadempienza dipenda dalla condizione di assoluta impossibilità dello straniero, che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera (in particolare aerea o marittima) e di acquistare il biglietto di viaggio; ovvero dipenda dal mancato rilascio, da parte della competente autorità diplomatica o consolare, dei documenti necessari, pure sollecitamente e diligentemente richiesti (conclusioni, queste, sulle quali concorda, in effetti, la giurisprudenza di merito largamente maggioritaria)”.

La Corte ha affermato che la misura dell'arresto obbligatorio, previsto nei confronti dell'autore di una contravvenzione sanzionata con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, si rilevava essere carente di giustificazione per due ordini di motivi.

In primo luogo, quale misura pre-cautelare, era privo di sbocco sul piano processuale in quanto non finalizzato, in considerazione della pena comminata per la contravvenzione ed del disposto di cui all'art. 280 c.p.p, all'adozione di alcun provvedimento coercitivo e si risolveva nell'essere una mera limitazione, seppur provvisoria, della libertà personale; in secondo luogo l'arresto era fine a se stesso in quanto non costituiva un presupposto del procedimento amministrativo utile all'allontanamento dello straniero in quanto l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento presso i c.p.t. erano disposti a prescindere dalla applicazione preventiva della misura coercitiva²¹⁰.

La pronuncia della Consulta, nelle sue affermazioni di principio, rimane del tutto inascoltata dal legislatore, il quale con la legge n. 271 del 12 novembre 2004, procede ad inasprire le sanzioni previste per i reati collegati all'espulsione ed a generalizzare la possibilità di procedere all'arresto dello straniero²¹¹.

210È stato sottolineato che il valore la sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2004 non è circoscritto alla disciplina dell'immigrazione in quanto si ribadisce in modo univoco che la configurazione dell'arresto quale “misura precautelare” o “subcautelare” che deve preludere all'eventuale misura disposta dal giudice, assicurandone l'esecuzione, cfr. Caputo A., *I reati collegati all'espulsione*, in Caputo A., Fidelbo G., *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2011, 136.

211Con la legge n. 271 del 2004 per i reati di reingresso illegale nel

Viene sancita la competenza del giudice di pace per la convalida dei provvedimenti di espulsione, di trattenimento presso i centri di permanenza temporanea e per le decisioni di ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

Il reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore, in particolare, è oggetto di riformulazione rispetto alla versione originaria nella quale erano punite tutte le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento questorile²¹².

Nella versione riformata del 2004 vengono ad essere specificate le tipologie di espulsione amministrativa in violazione delle quali si configura il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*²¹³, TU.

territorio dello Stato a seguito di espulsione coattiva, se prima erano puniti nel caso di espulsione amministrativa con l'arresto da sei mesi ad un anno e con la reclusione da uno a quattro anni nel caso di espulsione giudiziale, è prevista per entrambe le ipotesi la reclusione da una a quattro anni. Per lo straniero rientrato nel territorio dello Stato, dopo esser stato denunciato per il reato di reingresso ed espulso, è prevista la reclusione da uno a cinque anni, dilatandosi in tal modo la cornice edittale prima ricompresa fra uno e quattro anni di reclusione. L'arresto obbligatorio è, inoltre, previsto per i reati di cui all'artt. 13 e 14.

212L'art. 14, comma 5 *ter*, nella versione introdotta con la legge n. 189 del 2002 così prevedeva: “lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 bis è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno. In tal caso si procede ad una nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica”.

213Le norma è modificata in tal modo con il d.l. n. 241 del 2004: “lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 bis, è punito con la reclusione da

Modificata è, inoltre, la natura giuridica della sanzione minacciata: dall'arresto da sei mesi ad uno anno, la pena è fissata nella reclusione da uno a quattro anni disinnescandosi in tal modo il significato della pronuncia costituzionale.

Con l'intervento normativo del 2004, dubbi di legittimità costituzionale investono la congruità dell'apparato sanzionatorio apprestato dal legislatore: la Consulta si pronuncia sul punto con la sentenza n. 22 del 2007.

La questione di legittimità è dichiarata inammissibile dai giudici delle leggi²¹⁴ in quanto rimessa alla discrezionalità del legislatore è la determinazione della cornice edittale prevista per i singoli reati: tale scelta è giustiziabile dalla Corte solo nei casi di manifesta irragionevolezza²¹⁵.

uno a quattro anni se l'espulsione è stata disposta per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica l'arresto da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo. In ogni caso si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica”.

214La Corte riconosce che l'inasprimento della sanzione prevista per il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, TU - avvenuto con la legge n. 271 del 2004 – ha una “finalità di carattere esclusivamente processuale. Dopo la sentenza n. 223 del 2004 l'introduzione di valori sanzionatori compatibili con l'applicazione di misure cautelari coercitive avrebbe avuto il solo scopo di legittimare la previsione dell'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento” (par. 2.2).

215“Il sindacato di costituzionalità può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi un'evidente violazione del canone

La Consulta coglie l'occasione di rivolgere all'organo titolare del potere legislativo un monito affermando “l'opportunità di un (suo) sollecito intervento” in quanto “il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute (..) presenta squilibri, sproporzioni e disarmonia, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”²¹⁶.

Il monito della Corte cade inascoltato, seguono interventi normativi improntati ad un particolare rigore ed inasprimento della disciplina in materia di immigrazione: il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. in legge 24 luglio 2008,

di ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio – *ex plurimis* sentenze n. 325 del 2005, n. 364 del 2004; ordinanze n. 158 e 364 del 2004 -. Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione e si rileva una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento della Corte non potrebbe in alcun modo riequilibrare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore” (par. 7.3).

216Par. 7.3.

n. 125)²¹⁷ e la legge 15 luglio 2009, n. 94²¹⁸.

Il legislatore del 2009 è intervenuto sul comma 5 *ter* dell'art. 14 inserendo espresso riferimento al respingimento ex art. 10 TU, affiancato in tal modo alle ipotesi di espulsione amministrativa che costituiscono il presupposto delle condotte di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore.

Nel secondo periodo del comma 5 *ter* è stata, inoltre, introdotta una nuova fattispecie incriminatrice che sanziona lo straniero trattenutosi nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68 in tema di soggiorni di breve durata: punito è lo straniero che al momento dell'ingresso non abbia denunciato entro otto giorni la propria presenza alla pubblica autorità o si sia trattenuto oltre la scadenza del termine di validità del visto²¹⁹.

217Mazza O., Viganò F. (a cura di), *Misure urgenti in materie di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008; Degl'Innocenti L. (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008; Centonze S., *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza (d.l. 23.5.2008, n. 92, conv. Con modif. in l. 24.7.2008, n. 125; d.lg. 2.10.2008, n. 159; d.lg. 2.10.2008, n. 160)*, Torino, 2009.

218Mazza O., Viganò F. (a cura di), *“Il pacchetto sicurezza” 2009*, Torino 2009; Corbetta S., Della Bella Angela, Gatta G. L., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009; Morselli C., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Enna, 2009.

219La disposizione di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, TU dopo l'intervento del 2009 così prevedeva: “lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 *bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se

La legge n. 94 del 2009 ha affrontato il problema della reiterabilità, ai fini penali, dell'ordine di allontanamento ex art. 14, comma 5 *bis* e ha riformulato il reato di cui al comma 5 *quater*²²⁰.

Sul primo punto la giurisprudenza della Corte di cassazione si era assestata, attraverso una lettura rigorosa del disposto di cui ai commi 5 *ter* e 5 *quinques* dell'art. 14, nel ritenere che l'ordine questorile di allontanamento non potesse essere reiterato dopo che fosse rimasto inadempito da parte dello straniero: la nuova espulsione, successiva all'inadempimento dell'ordine del questore, non poteva che essere eseguita tramite accompagnamento coattivo alla frontiera in coerenza con il rilievo che, rimasto non eseguito il decreto contenente l'ordine di lasciare il

l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica l'arresto da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio Stato in violazione dell'art. 1, comma 3, della legge 28 maggio del 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5 bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5 bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'art. 13, comma 3”.

220Caputo A., *I reati collegati all'espulsione*, cit., 16.

territorio nazionale, privo di senso sarebbe stato affidare nuovamente allo straniero lo spontaneo adempimento di un comando già disatteso²²¹.

Secondo l'orientamento prevalente, dunque, lo straniero che si fosse reso ancora inottemperante all'ordine del questore non avrebbe potuto essere condannato una seconda volta per il reato di cui al comma 5 *ter*, la seconda intimazione di allontanamento sarebbe risultata illegittima e, conseguentemente, inidonea a fondare una successiva condanna²²².

Tale interpretazione ha avuto il pregio di evitare “l'innescarsi di una spirale di condanne ed esasperare la carica criminogena della normativa sull'immigrazione clandestina, la cui reale *ratio* va identificata piuttosto nell'intento dell'effettività dell'allontanamento dal territorio italiano dello straniero”²²³.

Il quadro è mutato con la legge n. 94 del 2009 con la quale il legislatore, consapevole della questione indicata, ha proceduto ad inserire al comma 5 *ter* dell'art. 14 un nuovo periodo in ragione del quale “qualora non sia più possibile

221Cass. pen., sez. I, sent. n. 580 del 2005.

222Per i casi in cui in concreto erano state pronunciate due sentenza di condanna ai sensi dell'art. 14, comma 5 *ter*, le strade percorse in giurisprudenza sono state due: il riconoscimento ad opera del giudice dell'esecuzione del medesimo disegno criminoso nella perdurante inosservanza degli ordini di allontanamento e, dunque, l'applicazione della disciplina del reato continuato fra le condanne ex comma 5 *ter* (Trib. Milano, 3 novembre 2011) o il giudizio di revisione (Trib. La Spezia, 18 aprile 2008).

223Cass. pen., sez. I, sent., n. 1052 del 2005; in dottrina v. Caputo A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 215 e ss., Degl'Innocenti L. (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008, 324 e ss.

procede all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5 *bis*, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'art. 13, comma 3” ed alla riformulazione del comma 5 *quater*.

In ragione delle modifiche apportate, sulle quali non è intervenuto il recente provvedimento legislativo del luglio 2011, lo straniero può essere trattenuto nei centri di identificazione ed espulsione e nei suoi confronti può essere adottato un nuovo ordine di allontanamento.

In tale ultima circostanza lo straniero, “destinatario del provvedimento di espulsione e di un nuovo ordine di allontanamento, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato è punito (..)” non ai sensi del comma 5 *ter*, ma bensì per la violazione del comma 5 *quater* dell'art. 14.

Tale ultima disposizione è stata, infatti, riscritta al fine di superare l'orientamento giurisprudenziale che negava rilevanza penale alla reiterazione della condotta di permanenza illegale dopo la prima condanna per il reato di cui al comma 5 *ter*.

Nella sua formulazione originaria²²⁴ la norma era intesa quale ipotesi speciale rispetto al disposto generale dell'art. 13, comma 13 *bis*, TU che punisce la violazione del divieto di reingresso derivante dall'espulsione disposta dal giudice - elemento specializzante era dato dalla sentenza definitiva di condanna per il reato di cui al comma 5 *ter* –²²⁵, nella versione successiva all'intervento del 2009 è stata

224Prima dell'intervento del 2009, il 5 *quater* prevedeva che “lo straniero espulso ai sensi del comma 5 *ter* che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato e punito con la reclusione da uno a cinque anni”.

225Caputo A., *Diritto e procedura*, cit, 200; Renoldi C., *Il trattamento penale connesso all'espulsione e all'allontanamento*

prevista esplicitamente la possibilità di reiterare la sanzione penale per lo straniero che, condannato per l'inadempienza all'ordine questorile di allontanamento, ha continuato a non ottemperarvi.

La fattispecie incriminatrice di cui al comma 5 *quater* ha posto ulteriori problemi interpretativi in quanto era omesso il riferimento alla clausola del giustificato motivo, presente al comma 5 *ter*, comportando una asimmetria fra disposizioni dal contenuto omogeneo non superabile in via interpretativa²²⁶.

Rimessa la questione alla Corte costituzionale, con la sentenza n. 259 del 2009²²⁷, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza, dell'art. 14, comma 5 *quater*, nella parte in cui non era disposto che l'inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5 *ter*, fosse punibile nel solo caso che avesse luogo “senza giustificato motivo”²²⁸.

e le novità del recente “decreto sicurezza” in Immigrazione e cittadinanza, a cura di Morozzo della Rocca P., Milano, 2008, 232.

226Caputo A., *I reati collegati all'espulsione*, cit., 17

227Leo G., *Illegittima la punizione dell'inottemperanza all'ordine «reiterato» di allontanamento quando ricorre un «giustificato motivo»*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; Caputo A. *Reati in materia di immigrazione*, cit.187.

228La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 41 del 2009 ha dichiarato la manifesta infondatezza della medesima questione di legittimità costituzionale con riferimento alla versione del comma 5 *quater* antecedente all'intervento legislativo del 2009. I giudici rimettenti hanno rilevato come tale circostanza non precludesse all'accoglimento della nuova questione di legittimità in quanto la decisione della Corte era stata motivata in base alla

La Consulta affronta la questione chiedendosi se sia ragionevole un diverso trattamento dello straniero nell'ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dopo un analogo provvedimento, a sua volta non osservato.

La Corte ritiene che la struttura delle condotte incriminate ai sensi dei commi 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14 TU sia "sostanzialmente identica", in quanto si sostanzia in entrambe le ipotesi nella permanenza nel territorio dello Stato da parte dello straniero al quale sia stato impartito dal questore l'ordine di allontanarsi: a nulla rileva che ai sensi del comma 5 *quater* l'omissione censurata dalla norma faccia seguito ad una omissione dello stesso genere. Su tale presupposto risulta "manifestamente irragionevole che una situazione ritenuta dalla legge idonea ad escludere la punibilità dell'omissione, in occasione del primo inadempimento, perda validità se permane nel tempo, senza responsabilità del soggetto destinatario dell'ordine di allontanamento, o che il verificarsi di una nuova situazione ostativa, in sé e per sé idonea ad integrare l'ipotesi di un «giustificato motivo», solo perché intervenuta in un secondo momento, non abbia rilevanza ai fini del suo riconoscimento come elemento negativo del fatto di reato. Il punto centrale della disciplina, nella prospettiva in cui si colloca lo stesso legislatore, è la possibilità, in concreto, di giudicare esigibile l'osservanza dell'ordine di

disomogeneità della fattispecie rispetto a quella regolata dal comma 5 *ter*. Tale affermazione non era più sostenibile in ragione dell'intervenuta riformulazione della norma che consiste, dopo l'intervento della legge n. 189 del 2009, nella mancata attivazione dello straniero al fine di interrompere la propria situazione di soggiorno irregolare.

allontanamento”²²⁹.

Secondo l'argomentare della Corte è l'omogeneità del *tertium comparationis*, il comma 5 *ter*, rispetto alla disposizione oggetto del giudizio di legittimità che giustifica la violazione del principio di uguaglianza.

Tale omogeneità strutturale è assente con riferimento a norme incriminatrici, quali l'art. 10 *bis* TU, già sottoposte al controllo della Consulta: “manca in quella fattispecie la dipendenza dell’obbligo da un ordine mirato ed individualizzato dell’Autorità” (sentenza n. 250 del 2010) e ciò giustificherebbe la non irragionevolezza dell'omesso inserimento della clausola del giustificato motivo²³⁰.

Il d.l. n. 89 del 2011 è intervenuto, conformemente alla pronuncia della Consulta, introducendo nel disposto del comma 5 *quater* la clausola del giustificato motivo.

229Par. 3.2; “La sequenza di provvedimenti descritta nell’ultima parte del comma 5 *ter* non esprime necessariamente una «progressione criminosa» (che) renderebbe meno valide le ragioni che possono giustificare l’inottemperanza all’ordine di allontanamento, proprio in forza della loro reale consistenza, verificabile da parte del giudice. Tale consistenza non può essere esclusa o attenuata, anche se l’ordinamento consideri meritevole di una sanzione più severa chi ponga in essere più volte lo stesso comportamento omissivo. Sarebbe erroneo sovrapporre il piano della valutazione della gravità del reato a quello della giustificabilità della condotta”, par. 3.3.

230Par. 4.

2.3.3.3. LA DIRETTIVA EUROPEA C.D. RIMPATRI ED IL D.L. N. 89 DEL 2011 (CONV. CON LEGGE N. 129 DEL 2011).

Il sistema normativo costruito in materia di immigrazione è stato profondamente messo in discussione con lo scadere del termine di recepimento della direttiva europea 2008/115/CE, avvenuto il 24 dicembre 2010.

La direttiva, pur tralasciando l'elaborazione di una disciplina organica in materia di ingresso ed accoglienza degli stranieri, si è posta come “obiettivo l'introduzione di un *corpus* normativo orizzontale di norme applicabile, all'interno dell'Unione, a tutti i cittadini di paesi terzi che non soddisfino o non soddisfino più le condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza in uno Stato membro”²³¹.

Frutto di un difficile lavoro di compromesso fra istanze diverse, la direttiva pone norme e procedure in tema di rimpatri cercando di stabilire “garanzie giuridiche minime” per l'efficace protezione degli interessi delle persone coinvolte “subordinando l'uso di misure coercitive al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impegnati e gli obiettivi perseguiti”²³².

Con riferimento alle disposizioni principali della direttiva deve tenersi mente al disposto dell'art. 6 che riconosce la competenza degli Stati membri ad adottare la decisione di

231Considerando n. 4.

232Considerando n. 13.

rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di uno Stato terzo il cui soggiorno sul territorio nazionale sia irregolare. Nel procedersi al rimpatrio preferenza deve esser data alla partenza volontaria dello straniero (art. 7), cui possono accompagnarsi misure atte ad evitare il pericolo di fuga – quali la costituzione di una garanzia finanziaria, la consegna dei documenti, l'obbligo di dimora -.

Con la decisione di rimpatrio è fatto obbligo di concedere allo straniero un termine congruo (fra i 7 ed i 30 giorni) per poter lasciare il territorio dello Stato membro.

Al fine di procedere all'allontanamento dello straniero, modalità di diverse dalla partenza volontaria, quali il trattenimento presso centri specifici e l'accompagnamento coattivo alla frontiera, sono previste quando sussiste il rischio di fuga, quando la domanda di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici.

L'art. 15 dir. dispone che lo straniero, sottoposto a procedura di rimpatrio, può essere trattenuto – per un periodo non superiore ai 18 mesi - solo al fine di preparare il rimpatrio quando vi è un pericolo di fuga o il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento, salvo che nel caso concreto possano essere applicate efficacemente altre misure sufficienti, ma meno coercitive²³³.

Il trattenimento deve avere la durata più breve possibile.

233Secondo il considerando n. 16 dir. “il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati ed agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di altre misure meno coercitive è insufficiente”.

Esso deve svolgersi, ai sensi dell'art. 16 dir., in luoghi all'uopo dedicati e, ove lo straniero sia trattenuto presso un istituto penitenziario, egli deve esser tenuto separato dai detenuti; quando non sussiste più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento, la persona interessata deve essere immediatamente liberata.

Prevede inoltre l'art. 8 dir che ove gli Stati membri ricorrano – in ultima istanza – a misure coercitive per allontanare lo straniero, tali misure devono essere proporzionate e non eccedenti un uso ragionevole della forza in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità della persona.

La più attenta dottrina²³⁴ ha posto il problema della compatibilità delle disposizioni interne del d.lgs n. 286 del

234Il dibattito in dottrina è stato acceso sul punto v. Favilli C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in OsservatorioSullefonti.it, 2009, 1; Natale A., *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali - Disapplicazione della norma interna contrastante con la direttiva comunitaria*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; Pisa P., *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri* in *Diritto penale e processo*, 2011, 393; Viganò F., Masera L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. ital. dir. proc. penale* 2010, 560; Viganò F., *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it; Viganò F., *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore. Qualche replica "a caldo" alle obiezioni sinora sollevate nel dibattito in corso*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it.

1998 con le previsioni della direttiva citata.

Il *punctum dolens* riguardava la diretta applicabilità o meno delle disposizioni di cui agli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri e la possibilità, conseguente, di disapplicare l'art.14, comma 5 *ter*, con esse in contrasto: la disposizione del TU, infatti, nel sanzionare con la pena detentiva da uno a quattro anni la condotta di mancata collaborazione dello straniero nella procedura di rimpatrio poneva una disciplina stridente con le norme UE in tema di trattenimento.

Aperto in confronto in ambito dottrinale, in giurisprudenza sono state percorse una pluralità di strade fra loro alternative: si è proceduto tanto alla disapplicazione dell'art 14, comma 5 *ter*, quanto all'affermazione della penale responsabilità dello straniero²³⁵ e, in ragione delle

235Trib. Torino, 3 gennaio 2011; T. Torino 5 gennaio 2011; Trib. Torino, 20 gennaio 2011, in tali pronunce l'imputato è stato assolto “perché il fatto non sussiste” in ragione della disapplicazione dell'art. 14, comma 5 *ter*, TU in quanto incompatibile con le disposizioni della direttiva ritenute immediatamente applicabili; Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011; Trib. Milano, 19 gennaio 2011, in queste ultime sentenze la formula assolutoria “perché il fatto non sussiste” ha trovato ragione nella ritenuta illegittimità dei provvedimenti espulsivi, che costituiscono presupposto del contestato reato di cui al comma 5 *ter* dell'art. 14 TU. Un filone giurisprudenziale ha sostenuto la non diretta applicabilità della direttiva e della sua irrilevanza in materia penale, v. Trib. Bologna, 29 dicembre 2010, Trib. Verona 18 gennaio 2011 secondo cui, nonostante la scadenza del termine di recepimento della direttiva rimpatri, il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento disposto dal questore rimane punibile; conforme a tale ultimo orientamento giurisprudenziale in dottrina, v. Focardi F., *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998* pubblicata su

incertezze in punto di interpretazione, ad investire della questione la Corte di giustizia europea, attraverso il rinvio ex art. 267 TFU²³⁶.

Sul punto la Corte europea si è pronunciata con la sentenza del 28 aprile 2011, proc. C-61/11, El Dridi²³⁷.

Il caso riguardava un cittadino di un paese terzo, il sig. El Dridi, entrato illegalmente in Italia e privo del permesso di

www.penalecontemporaneo.it.

236Corte di appello di Trento, 2 febbraio 2011; Trib. Milano, ord. Del 24 gennaio 2010; Trib. Rovereto, ord. Del 27 gennaio 2010; Cass. pen., sez. I, ord. Del 18 febbraio 2011 (dep. 18 marzo 2011), n. 11050, pres. Chieffi, rel., Iannelli. La giurisprudenza indicata nella nota corrente ed in quella ad essa precedente è consultabile sul sito www.asgi.it. Per un'approfondita ricostruzione del contrasto in giurisprudenziale v. Palermo P., *L'art. 14, comma 5 ter e quater, fra Unione europea, diritto penale e procedura di rimpatrio. Breve cronistoria di un contrasto tra incriminazioni e diritti fondamentali*, in *Rivista penale*, 2012, 8.

237Il testo della sentenza è reperibile su <http://curia.europa.eu>. Barberini R., Casucci M., *La Corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri* in *Cassazione penale*, 2011, 1615; Cossiri A., *La repressione degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, pubblicato su www.forumcostituzionale.it; di Martino A., Raffaelli R., *La libertà di "Bertoldo": «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it; Fanesi P., *L'art. 14, comma 5 ter, TU va disapplicato poiché contrario al risultato della direttiva 2008/115*, pubblicato su www.meltingpot.org; Lorenzon S., *Tanto va la gatta al largo... il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione* in *Quaderni costituzionali*, 2011, 699; Masera L., Viganò F., *Addio articolo 14. considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo*

soggiorno.

Nei suoi confronti era stato emanato un decreto di espulsione e successivamente un ordine di allontanamento da parte del questore di Udine.

L'ordine era motivato dalla indisponibilità di un vettore o di altro mezzo di trasporto, dalla mancanza di documenti di identificazione da parte della persona coinvolta e dalla impossibilità di disporre il trattenimento per mancanza di posti presso un centro di identificazione ed espulsione.

Constatato che il sig. El Dridi non si era conformato all'ordine di lasciare il territorio dello Stato italiano, veniva condannato dal tribunale di Trento per il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, TU.

Impugnata la decisione, la Corte d'appello di Trento decideva di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte di giustizia europea questione pregiudiziale in ordine alla possibilità che, “alla luce dei principi di leale collaborazione all’effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva potessero ostare alla previsione della pena della reclusione da uno a quattro anni per la mera mancata cooperazione dell’interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l’ipotesi di inosservanza del primo ordine di allontanamento emanato dall’autorità amministrativa”.

La Corte, nell'affrontare la questione sollevata, ha rilevato in primo luogo che il governo italiano non aveva proceduto

impatto nell'ordinamento italiano, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; Nascimbene B., La “direttiva rimpatri” e le conseguenze della sentenza della Corte di Giustizia (El Dridi) nel nostro ordinamento in Gli stranieri, 2011, 7.

a dare attuazione nei termini previsti alla direttiva.

Tanto premesso, riconosciuto il carattere immediatamente precettivo delle disposizioni agli artt. 15 e 16 dir.²³⁸, la Corte, riprendendo la propria giurisprudenza, riafferma che qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non l'abbia recepita correttamente, i singoli sono legittimati ad invocare contro detto Stato le disposizioni della direttiva che appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise²³⁹.

Viene ad essere sottolineato che “se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il diritto dell'Unione, (...) di conseguenza, sebbene né l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), CE – disposizione che è stata ripresa dall'art. 79, n. 2, lett. c), TFUE – né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento di detta disposizione del Trattato CE, escludano la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, questi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione”²⁴⁰.

Ciò non è avvenuto con riferimento alla normativa italiana²⁴¹.

238La Corte di giustizia europea con la sentenza 30 novembre 2009, causa C-957/09 PPU, Kadzoev aveva già riconosciuto, sebbene implicitamente, effetto diretto agli artt. 15 e 16.

239La Corte di giustizia cita le sentenze del 26 febbraio 1986, causa 152/84, Mashall e del 3 marzo 2011, causa c-203/10, Auto Nikolovi.

240Parr. 53, 54.

241Par. 44.

Non esclusa la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinano le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare, ritiene la Corte di giustizia che la pena prevista dall'art. 14, comma 5 *ter*, TU “in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione” compromette la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi presenti irregolarmente.

Con la pronuncia della Corte di giustizia risulta preclusa la possibilità in introdurre sanzioni di tipo detentivo in ragione della mera mancata collaborazione dello straniero nella procedura di rimpatrio, come nel caso del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, in quanto esse sono di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della direttiva²⁴².

L'unico trattenimento possibile è quello disciplinato dalla direttiva, che si pone come “la misura più restrittiva” della libertà personale che la direttiva consente in vista dell'allontanamento dello straniero²⁴³ in un sistema in cui “

242“*In caso di inottemperanza dell'ordine del questore lo Stato non deve perdere tempo a processare lo straniero, ad attendere l'esecuzione della pena detentiva, bensì deve adoperarsi per dare effetto alla decisione di rimpatrio preparando le condizioni per l'allontanamento dello straniero*”, cfr. Masera L., Viganò F., *Addio articolo 14*, cit., 4.

243L'art. 15 dir., disposizione in tema di trattenimento, si pone come “*il confine ultimo*” al di là del quale non è più lecito per lo Stato membro comprimere la libertà personale dello straniero, cfr. Palermo P., *L'art. 14, comma 5 ter e quater*, cit., 11.

la procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva 2008/115 corrisponde ad una gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato – la concessione di un termine per la sua partenza volontaria – alla misura che maggiormente limita la sua libertà – il trattenimento in un apposito centro – fermo restando che in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità”²⁴⁴.

Sulla base di tali premesse la Corte è giunta a concludere che “al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spett(a) disapplicare ogni disposizione del d.lgs. n. 286 del 1998 contraria al risultato della direttiva 2008/15, segnatamente l'art 14, comma 5 *ter*. (Nel fare ciò) il giudice del rinvio dovrà tenere debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”.

Come noto, alle sentenze della Corte di giustizia, nell'indicare l'interpretazione vincolante da darsi alle disposizioni comunitarie, è riconosciuto un valore *erga omnes* deriva per tutti i giudici il dovere di disapplicare l'art. 14. comma 5 *ter*, TU in ragione della sua incompatibilità con le disposizioni *self-executing* contenute nella “direttiva rimpatri”.

La Corte di Cassazione²⁴⁵ ha prontamente recepito la

244Par. 41.

245Masera L., *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 t.u.imm. Nota a Cass., sez. I pen., sent., 23.9.2011 (dep. 10.10.2011), n. 36446,*

sentenza della Corte di giustizia sostenendo che la pronuncia “El Dridi” impedisce la configurabilità del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento. L'effetto del pronunciamento dei giudici di Lussemburgo è equiparabile ad una legge sopravvenuta che abolisce la norma incriminatrice²⁴⁶ ed impone di estendere, sotto il profilo processuale, la disciplina di cui all'art. 673 c.p.p: da ciò ne è derivato l'annullamento senza rinvio della sentenza oggetto di ricorso ed l'assoluzione dell'imputato con la formula “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”.

La Corte suprema di Cassazione²⁴⁷ conformemente a quanto disposto dalla Corte europea, secondo cui al giudice nazionale è fatto obbligo di disapplicare tutte le disposizioni interne del d.lgs. n. 286 del 1998 in contrasto

Isoken, Pres. Chieffi, Est. Capozzi, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 18586, nel caso sottoposto al giudizio dei giudici di legittimità la condotta inadempiente all'intimazione questorile era stata tenuta dallo straniero in un momento antecedente alla scadenza del termine dato per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE.

246Corte cost., sent. nn. 255 del 1999, 63 del 2003, 241 del 2005 secondo cui «le decisioni dei giudici comunitari nel risolvere la questione della conformità della norma censurata al diritto comunitario enunciano «principi che, inserendosi direttamente nell'ordinamento interno, con valore di “*ius superveniens*”, condizionano e determinano i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche dal giudice nazionale, ciò che quindi impone una valutazione sulla persistente rilevanza della questione sollevata».

247Cass. pen., sez. I, sent. n. 22105 del 28 aprile 2011(dep.1 giugno 2011), Pres. Di Tomassi, Est. Caprioglio, Imp. Tourghi; Cass. pen., sez. I, sent. n. 24009 del 28 aprile 2011(dep.15 giugno 2011), Pres. Di Tomassi, Est. Barbarisi, Imp. Darko.

con il risultato della direttiva 2008/115/CE, ha proceduto ad estendere le conclusioni raggiunte con riguardo al comma 5 *ter* dell'art. 14 TU anche al successivo comma 5 *quater*, decretandone la disapplicazione in ragione della omogeneità strutturale che caratterizza le due disposizioni già sottolineata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 359 del 2010.

Il legislatore ha recepito la direttiva dell'Unione europea con la legge 2 agosto 2011, n. 129 che ha proceduto alla conversione del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, recante “disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolari”²⁴⁸.

Nel cercare di porre rimedio agli elementi di incompatibilità emersi fra la normativa interna e le disposizioni UE, si è proceduto *in primis* alla riscrittura del procedimento amministrativo di espulsione prevedendo che l'accompagnamento coattivo alla frontiera non sia più

248Andreazza G., Pistorelli L., *Novità legislative: D.l. 26/06/2011 n. 89. Rel. n. III/08/2011 Ufficio massimario della Corte di Cassazione* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it; Favilli C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi* in Osservatorio sulle fonti, 2009, 1; Gatta G. L., *Immigrazione: approvato il decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri*, ibidem; Morozzo della Rocca P., *Prime note sul Decreto legge 23 giugno 2011, n. 89*, in *Gli stranieri*, 2011, 7; Nascimbene B., *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali* in *Guida al diritto*, 2011, 10; Natale A., *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione – prime riflessioni a caldo*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it.

il mezzo primo per portare ad esecuzione l'allontanamento dello straniero, ma che ad esso si giunga al termine di una valutazione concreta che tenga in conto le peculiarità del caso specifico: la regola è oggi la partenza volontaria, misura di ultima *ratio* è il ricorso alla forza pubblica²⁴⁹.

In questo processo di adeguamento al diritto dell'Unione il legislatore è intervenuto sulle fattispecie incriminatrici previste ai commi 5 *ter* e *quater* dell'art. 14 TU; il risultato consiste nel mantenimento della struttura astratta delle fattispecie²⁵⁰ e nella modifica della natura giuridica della pena comminata: la reclusione è stata sostituita con una multa di ammontare variabile in ragione del tipo di provvedimento espulsivo posto alla base dell'intimazione questorile di lasciare il territorio nazionale.

Il recepimento della direttiva europea ha posto problemi di diritto intertemporale, in particolare in ordine alla possibilità che, con l'entrata in vigore della legge n. 129 del 2011, sia configurabile un fenomeno di successioni di leggi penali nel tempo o se, diversamente, abbia avuto luogo un processo di *abolitio criminis*²⁵¹.

Le conseguenze non sono di poco momento per le condotte poste in essere in un momento antecedente alla vigenza delle disposizioni attuative della direttiva UE.

Nella prima ipotesi, ai sensi dell'art. 2, commi 3 e 4, c.p.,

249Artt. 13 e 14 Tu; v. supra par. 2.5.1.

250Palermo P., *L'art. 14, comma 5 ter e quater*, cit.18.

251Gatta G. L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008; Pecorella C., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; Pulitanò D., *Diritto penale*, Torino, 2011, 611 e ss., Id. *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 1270.

troverà applicazione la disciplina penale in concreto più favorevole, ferme le sentenze passate in giudicato. Nella seconda, alla luce del disposto del comma 2 dell'art. 2 c.p., non più costituendo il fatto un reato, nessuno a sua ragione potrà essere punito e cessano l'esecuzione e gli effetti penali della condanna.

Secondo l'orientamento maggioritario a venir meno è stata la rilevanza penale del fatto; tale conclusione è stata supportata in dottrina ed in giurisprudenza da argomentazioni diverse.

Secondo un primo orientamento il fenomeno abolitivo è da spiegarsi ricorrendo a parametri di tipo valoriale secondo il paradigma della “discontinuità del tipo di illecito”²⁵².

Sebbene fra le versioni del 2009 e del 2011 dell'art. 14, comma 5 *ter*, sussiste una sostanziale omogeneità strutturale, i fatti commessi sotto la previgente disciplina non possono esser più puniti in quanto, dopo il pronunciamento dei giudici della corte lussemburghese, è mutato l'intero sistema regolatorio delle situazioni di ingresso e permanenza irregolare degli stranieri e ciò incide sulla fattispecie incriminatrice successiva, che sanziona un illecito di “tipo” diverso rispetto alla precedente.

Il “nuovo” comma 5 *ter* deve valutarsi in termini di discontinuità rispetto alla sua previgente versione in base alla ricostruzione di volontà legislativa che, con il

252Gambardella M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva rimpatri) nell'ordinamento italiano. Riflessioni sui criteri per risolvere le antinomie tra norma interna e norma comunitaria* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; in giurisprudenza Trib. Torino, 29 giugno 2011, Trib. Torino 27 giugno 2011 reperibili su www.penalecontemporaneo.it

riscrivere le modalità di allontanamento del migrante irregolare, incrimina oggi condotte formalmente identiche, ma sostanzialmente differenti rispetto a quelle punite durante la vigenza della “vecchia” disposizione.

Tale orientamento è criticabile tenendo ferma la giurisprudenza ultima della Corte di Cassazione²⁵³ che è ricorsa a parametri di tipo formale per spiegare la successione dei leggi penali nel tempo in risposta ad un'esigenza di certezza del diritto.

È il confronto fra le fattispecie incriminatrici astratte, susseguitesì nel tempo, a disvelare quale debba essere la disciplina penale a trovare applicazione: se fra le stesse sussiste una relazione di genere a specie si realizza un succedersi di leggi, diversamente ove un di rapporto specialità– tanto per aggiunta quanto per specificazione – non possa configurarsi, è da concludersi per il venire meno della rilevanza penale del fatto.

Come rilevato, le norme in esame sono astrattamente omogenee, circostanza che dovrebbe far concludere per l'applicazione del comma 4 dell'art. 2 c.p. e, dunque, l'esclusione di un'ipotesi di *abolitio criminis*.

In realtà non deve obliarsi che fra la sentenza Corte di giustizia e l'entrata in vigore della legge n. 129 del 2011 è trascorso un periodo di tempo pari a circa sei mesi in cui l'inosservanza dell'intimazione del questore di lasciare il territorio dello Stato non ha costituito reato sul presupposto che la dichiarazione di incompatibilità delle disposizioni interne con il diritto UE è equiparabile ad una

253Cass. S.U., sent. n. 25887 del 26 marzo 2003 imp. Giordano, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 1518 con nota di Pecorella C., *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?*.

*abolitio criminis*²⁵⁴.

È possibile effettuare tale ricostruzione cronologica: le condotte di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore poste in essere fino al 24 dicembre 2010²⁵⁵ non possono essere punite in quanto “il fatto non è più previsto dalla legge come reato”, ne consegue l'assoluzione dell'imputato e la revoca delle sentenze passate in giudicato; dal 25 dicembre 2010 all'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione della direttiva il fatto non era oggetto di alcuna criminalizzazione; quest'ultima è avvenuta solo con l'intervento normativo del giugno 2011 che ha introdotto i “nuovi” reati di cui ai commi 5 *ter* e *quater*, art. 14 TU.

Le norme incriminatrici da ultimo citate, determinando la rilevanza penale dei fatti posti in essere dopo la loro entrata in vigore, non possono che disporre per l'avvenire ai sensi degli artt. 25, comma 2, Cost e 2, comma 1, c.p.

Aderendo ad una ricostruzione quale reato permanente dell'inottemperanza all'intimazione del questore di lasciare il territorio, può sostenersi che la permanenza è stata interrotta con la dichiarazione di inapplicabilità del reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, dopo tale momento la possibilità che possa essere mossa una nuova contestazione dipende dal venir in essere degli elementi costitutivi del nuovo reato: la permanenza illegale ex art. 10 *bis*,

254Masera L., *Successione di leggi e “nuovo” art. 14 TU imm.* in Corriere del merito, 2011, 964 e ss.. Id. *Il riformato art. 14, comma 5 ter e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; in giurisprudenza Trib. Pinerolo, 14 luglio 2011.

255Data in cui è scaduto il termine per dare attuazione alla direttiva 2008/115/CE.

l'adozione di un legittimo decreto che disponga l'allontanamento rimasto inottemperato²⁵⁶.

2.3.3.4 IL VIGENTE REATO DI INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO EMESSO DAL QUESTORE.

Con le modifiche introdotte dal d.l. 89 del 2011 (conv. in legge n. 129 del 2011) il legislatore non ha rinunciato a sanzionare penalmente l'inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore.

Rispetto alla versione previgente, il “nuovo” reato si caratterizza per una rimodulazione sostanziale della pene edittale: dalla reclusione da uno a quattro anni alla multa.

Mutata la natura giuridica della sanzione, il reato si sostanzia in una contravvenzione per la quale non è più possibile disporre l'arresto obbligatorio in flagranza né il rito direttissimo.

Ai sensi dell'art. 14, comma 5 *quinquies*, TU per i reati previsti ai precedenti commi 5 *ter* e 5 *quater*, rimessi alla cognizione del giudice di pace, trovano applicazioni le disposizioni di cui agli artt. 20 *bis*, 20 *ter*, 32 *bis* del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274²⁵⁷.

L'art. 14, comma 5 *ter*, descrive due figure di reato.

²⁵⁶Masera L., *Successione di leggi*, cit., 966.

²⁵⁷Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 192 e ss.

È prevista la pena della multa da 10.000 a 20.000 euro per l'ingiustificata inottemperanza dell'ordine di cui al comma 5 *bis*:

- in caso di respingimento;
- di espulsione disposta ai sensi dell'art. 13, comma 4, ossia nelle ipotesi in cui l'autorità di polizia non sia ricorsa all'accompagnamento coattivo alla frontiera, sebbene previsto, a causa di situazioni transitorie ostacolanti le operazioni di rimpatrio o allontanamento;
- se lo straniero si sia sottratto ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito.

Si applica, invece, la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è disposta nei casi in cui è stato concesso un termine per la partenza volontaria.

Le fattispecie di inosservanza dell'ordine del questore hanno natura di reati omissivi propri e possono essere posti in essere dai soli cittadini di paesi non membri dell'Unione europea²⁵⁸.

La situazione tipica, in presenza della quale diviene concreto l'obbligo di attivarsi dello straniero nel lasciare il territorio nazionale, è costituita dall'adozione da parte del questore di un ordine di allontanamento ex art. 14, comma 5 *bis*, avente a proprio presupposto un decreto di espulsione.

258Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 27 settembre 2007, 2451, ric. Magera in Cassazione penale, 2008, 898 con nota di Gambardella M., *Nuovi cittadini dell'Unione europea e abolitio criminis parziale dei reati in materia di immigrazione*, ha affrontato la questione della punibilità per i reati di cui all'art. 14 TU dei cittadini rumeni dopo che la Romania era divenuta paese membro dell'Unione europea escludendo l'applicabilità dell'art. 2, comma 4, c.p.

Il reato si perfeziona con il mancato allontanamento del soggetto intimato entro il termine di sette giorni²⁵⁹ previsto per legge.

Discussa è la natura istantanea o permanente del reato.

Nella versione antecedente alla modifica del 2011, l'orientamento maggioritario in dottrina ed in giurisprudenza propendeva per l'interpretazione della fattispecie quale un reato permanente. Le ragioni di tale ricostruzione risiedevano nella considerazione che l'obbligo a carico dello straniero di lasciare il territorio non veniva meno con la scadenza del termine indicato del decreto questorile.

Avvalorava tale interpretazione il ricorso nella fattispecie al verbo “trattenersi”, sostituito nel 2009 con “permanere”: la variazione letterale offriva una conferma della natura permanente del reato *de quo*²⁶⁰.

La tesi della natura istantanea era argomentata con riferimento al carattere perentorio del termine di adempimento dell'intimazione di lasciare il territorio ed al bene giuridico tutelato, leso con il mancato allontanamento entro le scadenze indicate per legge²⁶¹.

La descrizione del fatto tipico è stata modificata dal d.l. n. 89 del 2011.

259I sette giorni devo intendersi come liberi, nel computo non sono da tenersi in conto né il *dies a quo*, né il *dies ad quem*. Il termine decorre dalla data di notifica del provvedimento.

260Caputo A., *I reati collegati all'espulsione*, cit., 10 e ss.

261Per una completa ricostruzione della disciplina previgente al d.l. n. 89/2011 v., Masera L., *Art. 14 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in Codice penale commentato* a cura di Marinucci G, Dolcini E., Milano, 2011, 7756 e ss.

Rimproverata non è più la condotta di “trattenersi” o “permanere”, ma la “violazione dell'ordine di cui al comma 5 *bis* dell'art. 14 TU. La nuova formulazione della norma induce ad una ricostruzione della fattispecie quale reato istantaneo²⁶².

Secondo una interpretazione letterale del disposto normativo si sostiene che il riferimento alla condotta di “violazione” è privo di un carattere di durata: “il disvalore del fatto tipico è concentrato nella <<violazione>> dell'ordine del questore che si perfeziona e si consuma con il mancato allontanamento dello straniero alla scadenza del termine di legge”²⁶³.

La modalità secondo la quale sono costruite le fattispecie incriminatrici rivela l'importanza nell'economia della norma dei provvedimenti amministrativi di espulsione e di intimazione di allontanamento.

Essi sostanziano elementi costitutivi del fatto di reato in quanto incidono sulla determinazione del disvalore del fatto.

Tanto premesso si pone il problema di definire quali poteri facciano capo al giudice penale in ordine alla possibilità di verificare la legittimità dei provvedimenti amministrativi da cui scaturisce l'obbligo di lasciare il territorio nazionale. Secondo una logica indirizzata alla tutela di funzioni, l'art. 14, come riconosciuto dalla Corte costituzionale²⁶⁴, persegue “lo scopo di controllo dei flussi migratori e disciplina dell'ingresso e permanenza degli stranieri nel territorio nazionale”.

Il controllo della legittimità dei provvedimenti

262Pisa P., *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare. Il commento* in Dir. pen. proc., 2011, 807.

263Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 161.

264Corte cost., sent. 22 del 2007, par. 7.2.

amministrativi svolge un compito importante in ragione della funzione di tutela posta dalla norma: se la migrazione deve essere contenuta entro la misura definita dei decreti che fissano i flussi di ingresso e se l'ingresso e la permanenza sono definite secondo stringenti disposizioni normative all'interno di complessi procedimenti amministrativi retti dal principio di legalità, la stessa irregolarità ha un fondamento legale ed il procedimento espulsivo è giustificato dalla legittimità dei provvedimenti che lo formano.

La dottrina è unanime nel ritenere che i reati, che si sostanziano nell'inadempimento di un ordine dell'autorità, non possano dirsi sussistenti ove i provvedimenti amministrativi presupposti siano illegittimi. In particolare con riferimento ai reati in materia di immigrazione, si ritiene che il giudice possa verificare la legittimità dell'intero procedimento amministrativo da cui ha tratto origine l'ordine di allontanamento in ragione di un generale potere di disapplicazione *in bonam partem*²⁶⁵.

La giurisprudenza, diversamente, opera una distinzione, sottoponendo ad un diverso e più pregnante controllo il decreto questorile rispetto al provvedimento di espulsione²⁶⁶.

La legittimità dell'intimazione disposta dal prefetto di lasciare il territorio dello Stato è vagliata alla luce di tre profili particolarmente importanti.

In primo luogo l'atto, ove lo straniero non conosca l'italiano, deve esser tradotto in una delle lingue veicolari

265Pulitanò D., *Diritto penale*, cit., 122; Caputo A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., 215; Id., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 162 e ss.

266Per un'ampia ricostruzione della questione v. Masera L., *Art. 14*, cit., 7770.

(inglese, francese, spagnolo), diversamente è illegittimo perché affetto dal vizio di violazione di legge.

Il decreto deve, inoltre, contenere l'indicazione delle conseguenze che derivano dalla violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio: l'omessa, carente, erronea indicazione è ragione di invalidità del provvedimento.

Sotto un terzo punto di vista deve esser adempiuto l'obbligo di motivazione posto in via generale per tutti i provvedimenti amministrativi dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affrontato la questione della “portata” di tale obbligo²⁶⁷: esso non può ritenersi assolto con il ricorso alla mera ripetizioni di formule legislative. Soddisfacenti modalità sintetiche, la motivazione dell'atto deve dar conto delle ragioni di fatto che giustificano il ricorso all'adozione dell'intimazione a lasciare il territorio.

Se pacifica è la possibilità di sindacare il decreto questorile emesso ai sensi dell'art. 14, comma 5 bis, a conclusioni diverse giunge la giurisprudenza con riferimento al provvedimento di espulsione presupposto.

Sul punto la Cassazione ha ritenuto che tale ultimo atto possa essere oggetto di un sindacato con l'impugnazione in sede civile: eventuali suoi vizi non possono essere dedotti o rilevati dinanzi al giudice penale²⁶⁸.

Tale orientamento è oggetto di forti critiche e tacciato di formalismo in quanto anche il decreto di espulsione, come

267Cass. S.U., sent. 27 settembre 2007, n. 2451/08.

268Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2007, n. 1468/08; Cass. pen., sez. I, 23 novembre 2007, n. 2907/08, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2008, 334 con nota di Caputo A., *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore e sindacabilità del decreto di espulsione*.

quello del questore, rileva ai fini della qualificazione giuridica del fatto²⁶⁹.

Una possibile revisione sarebbe auspicabile in considerazione della giurisprudenza della stessa Cassazione in tema reati fallimentari. Le Sezioni Unite²⁷⁰, in particolare, hanno escluso la sindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento con riferimento ai suoi presupposti oggettivi e soggettivi, ma hanno sostenuto che siano sindacabili dal giudice penale in via incidentale i provvedimenti amministrativi illegittimi, ove la loro inosservanza costituisca reato. Espresso riferimento è effettuato alle ipotesi di cui agli artt. 650 c.p. e 14, comma 5 *ter*.

Alla luce di tale ultimo orientamento, sindacabili i provvedimenti amministrativi, fuori dal controllo del giudice penale rimarrebbero le sentenze con le quali viene ad esser disposta l'espulsione come misura alternativa o sostitutiva della sanzione penale²⁷¹.

La clausola del giustificato motivo è elemento costitutivo della fattispecie e contribuisce a delineare la tipicità del fatto di reato.

Per il suo carattere elastico è stata oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale che ne ha decretato la compatibilità con il principio di tassatività e sufficiente determinatezza²⁷².

Definita “valvola di sicurezza” che garantisce il ricorso alla sanzione solo ove sussista una possibilità di agire, la

269Caputo A., *I reati in materia di immigrazione*, cit., 170; Masera L., Art. 14, cit. 7774.

270Cass. S.U., sent. 28 febbraio 2008, n. 19601.

271Caputo A., *I reati in materia di immigrazione*, cit., 169 e ss.

272Corte cost., sent. n. 5 del 2004; v. supra par. 2.3.1.1.

clausola dà rilievo a situazioni, altre dalla cause di giustificazione, che rendono impossibile, difficoltoso o pericoloso l'adempimento della condotta dovuta.

Rilevano ai fini della configurazione del giustificato motivo la necessità di soccorso, la difficoltà nel reperire i documenti di viaggio, l'indisponibilità del vettore, le ragioni che hanno impedito all'autorità di procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera in quanto l'ordine di allontanarsi dal territorio ha natura surrogatoria rispetto l'espulsione eseguita dalla pubblica autorità.

Sul presupposto che *ad impossibilia nemo tenetur*, sussistono giustificati motivi per l'inadempimento del decreto questorile quando lo straniero si trova in condizioni di "assoluta impossidenza" che non gli consentono di conformarsi all'intimazione di allontanamento.

Con riguardo alle questioni processuali la Corte costituzionale ha sostenuto che la "clausola del giustificato motivo non può comportare un'inversione dell'onere della prova": fa capo allo straniero solo un compito di allegare i motivi che non sono conosciuti o che non siano conoscibili dal giudice, salvo il potere-dovere di quest'ultimo di rilevare autonomamente, ove possibile, l'esistenza di ragioni che giustifichino l'inosservanza dell'ordine.

L'importanza della motivazione del decreto, con cui il questore intima allo straniero di allontanarsi, si appalesa anche con riguardo alla ricostruzione delle ragioni che possono giustificare la condotta omissiva dell'intimato, in quanto i motivi che ostano all'esecuzione autoritativa dell'espulsione possono rilevare al fine dell'esistenza di un motivo giustificatore dell'inadempimento. La valutazione deve essere effettuata con riferimento al caso concreto ed

alle condizioni in cui si trova l'espellendo, da apprezzarsi sotto tutti i profili – sanitari, economici, familiari - che possono incidere sulla esigibilità della condotta²⁷³.

Il d.l. n. 89 del 2011, convertito con legge n. 129 del 2011, è intervenuto prevedendo al comma 5 *quater* 1 che “nella valutazione della condotta dello straniero destinatario dell'ordine del questore di cui ai commi 5 *ter* e *quater* il giudice accerta l'eventuale consegna all'interessato della documentazione utile al viaggio, la cooperazione resa dallo straniero ai fini dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l'esibizione della documentazione”.

La consegna allo straniero da espellersi della documentazione “necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del proprio paese nonché per rientrare nello Stato di appartenenza o, ove non possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio” non costituisce una presunzione di insussistenza del giustificato motivo, esso è da valutarsi in concreto secondo i criteri definiti dalla giurisprudenza²⁷⁴.

La natura delittuosa del reato giustifica la sanzione solo ove il fatto sia stato commesso con dolo.

In particolare la conoscenza dei provvedimenti amministrativi che fondano l'obbligo in capo allo straniero di allontanarsi dal territorio svolge un ruolo importante della ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato.

Sul punto rileva la traduzione degli atti indicati. Se il ricorso alle lingue veicolari esclude che i provvedimenti possano essere affetti da invalidità sindacabile dal giudice,

273Caputo A., *I reati in materia di immigrazione*, cit., 178; Id., *Diritto e procedura penale*, cit., 215 e ss.

274Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 179.

sotto il profilo soggettivo è necessario verificare che lo straniero abbiano avuto contezza del contenuto del provvedimento e delle derivanti conseguenze.

Sul punto la valutazione del giudice è aperta al ricorso all'art. 47, comma 3, c.p.²⁷⁵.

2.3.3.5 INGIUSTIFICATA INOSSERVANZA DELL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO DEL QUESTORE EX ART. 14, COMMA 5 QUATER, TU.

I reati di cui ai commi 5 *ter* e *quater* dell'art. 14 TU, nella versione del 2009 confermata nel 2011, presentano sostanziali affinità strutturali²⁷⁶ sottolineate dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 359 del 2010, che ha dichiarato l'illegittimità del comma 5 *quater* nella parte in cui non prevedeva la clausola del giustificato motivo²⁷⁷.

Con il d.l. n. 89 del 2011 (convertito con legge n. 129 del 2011) il reato in esame si sostanzia nella violazione dell'ordine disposto ai sensi del comma 5 *bis*, fatto per cui è prevista la multa da 15.000 a 30.000 euro: ad essere punito è l'inadempimento del secondo ordine di allontanamento dopo che il primo sia rimasto

275Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 180.

276Si rinvia al paragrafo precedente per la ricostruzione delle caratteristiche essenziali del reato.

277Supra par. 2.3.

inottemperato²⁷⁸.

Fermi gli elementi essenziali del reato, la versione vigente della norma rispetto alla formulazione introdotta con la legge n. 94 del 2009 prevede, oltre ad una pena di natura diversa rispetto alla reclusione, la clausola del giustificato motivo ed incentra il disvalore penale della condotta dello straniero nella violazione dell'ordine del questore piuttosto che nel "permanere" o "trattenersi" sul territorio dello Stato. Tale riformulazione della norma, come per il comma 5 *bis*, ha indirizzato verso una ricostruzione della fattispecie incriminatrice quale reato istantaneo²⁷⁹.

In dottrina, posto il problema della portata del termine "violazione", è stato sostenuto, in base ad una interpretazione letterale della norma, che la violazione debba avere ad oggetto l'intero comma 5 *bis*: il reato di cui al comma 5 *quater*, dunque, si configura nel caso di ingiustificata inottemperanza al secondo ordine di allontanamento del questore ove sia stata accertata, con sentenza passata in giudicato, l'inottemperanza al primo ordine questorile²⁸⁰.

Dubbi sono stati posti con riguardo all'*ulteriore* reiterabilità dell'ordine di allontanamento del questore.

Il comma 5 *quater* prevede l'applicazione dell'ultimo periodo del comma 5 *ter* secondo il quale, qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si dispone, ove ne sussistono i presupposti, il trattenimento

278Masera L., *Art. 14 d.lgs. n. 286 del 1998*, cit., 7792 e ss.; Renoldi C., *Il trattamento penale connesso all'espulsione e all'allontanamento e le novità del recente "decreto sicurezza" in Immigrazione e cittadinanza*, a cura di Morozzo della Rocca P., Milano, 2008, 232.

279Pisa P., *Nuove norme penali*, cit., 807.

280Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 188.

presso un centro di identificazione ed espulsione e la successiva adozione di un ordine di allontanamento.

Qualora, dunque, lo straniero non ottemperi al secondo decreto del questore, la procedura espulsiva riprende e segue un'ulteriore intimazione di lasciare il territorio nazionale.

Si dubita che l'inadempimento dei successivi ed ulteriori ordini di allontanamento emessi dal questore debba essere sanzionato ex art. 14, comma 5 *quater*, TU.

La possibilità di muovere un rimprovero è esclusa, in primo luogo, in base ad una interpretazione strettamente aderente al testo della norma.

Il comma 5 *quater* si rivolge allo “straniero destinatario di un provvedimento di espulsione di cui al comma 5 *ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5 *bis*”; gli ordini questorili successivi al secondo, rispetto ai quali lo straniero è inadempiente, sono adottati, diversamente, non sulla base dei commi 5 *bis* e 5 *ter*, ma bensì dell'ultimo periodo del comma 5 *quater*²⁸¹.

La condotta non è, dunque, conforme al tipo legale.

Ulteriori considerazioni hanno avuto ad oggetto il meccanismo costruito dalla norma che rischia, diversamente, di sfociare in una “spirale di condanne” in cui la pena inflitta, rimproverato l'inadempimento di tutti i successivi ordini di allontanamento successivi al secondo, risulterebbe svincolata dal principio di proporzionalità con il fatto di reato.

281Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit., 189.

2.3.4 POSSIBILI IPOTESI DI INCOMPATIBILITÀ FRA LA “NUOVA” DISCIPLINA IN TEMA DI IMMIGRAZIONI IRREGOLARI E LA DIRETTIVA “RIMPATRI”.

L'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011 (convertito con legge n. 129 del 2011) non ha sopito i dubbi in ordine alla sussistenza di possibili ulteriori ipotesi di incompatibilità fra la disciplina interna in tema di immigrazioni irregolari e la direttiva europea 2008/115 CE.

In particolare dottrina e giurisprudenza hanno affrontato il problema della compatibilità del reato di cui all'art. 10 *bis* TU con gli artt. 7, 15 e 16 *dir*²⁸².

Gli orientamenti sono discordanti: se non sono mancati giudici che hanno proceduto ad assolvere l'imputato disapplicando la norma²⁸³, altre corti hanno rimesso la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea²⁸⁴, di cui si attende la decisione.

282Caputo A., *Reati in materia di immigrazione*, cit. 102; D'Ambrosio L., *Se una notte di inverno un sans-papier. La Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno conforme e non conforme alla “direttiva rimpatri”*, in penalecontemporaneo.it; Gatta G. L., “*Il reato di clandestinità (art. 10 bis TU imm.) e la “direttiva rimpatri”*”, *ibid*; Masera L., Viganò F., *Addio articolo 14*, cit.; Palermo P., *L'art. 14, commi 5 ter e quater*, cit., 20 e ss.

283Giudice di Pace di Roma, sent. 16 giugno 2011 reperibile su www.penalecontemporaneo.it

284Trib. Rovigo, sez. dist. di Adria, ord. 15 luglio 2011; Giudice di pace di Lecce, ord. 22 settembre 2011 reperibili su www.penalecontemporaneo.it

Le ragioni della incompatibilità sono individuate nella considerazione che l'art. 10 *bis*, pur non prevedendo la sanzione della reclusione, è contrario allo scopo della normativa europea.

La questione, sebbene sollevata, non è stata oggetto di approfondito scrutinio da parte della Corte costituzionale.

Il giudice rimettente aveva prospettato la lesione dell'art. 117, primo comma, Cost. per l'asserita contrarietà dell'art. 10 *bis* TU alla direttiva 2008/115/CE: il giudice delle leggi con la sentenza n. 250 del 2010 si è limitato a sostenere che, non ancora scaduto al momento della pronuncia il termine per dare attuazione alla direttiva europea, l'ipotizzato contrasto con la disciplina comunitaria non era significativo al fine di verificare la configurabilità della lesione costituzionale.

Il contrasto, secondo la Consulta, deriverebbe “dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi”, piuttosto che dall'introduzione del reato sottoposto al suo scrutinio.

L'art. 10 *bis* prevede la sanzione dell'ammenda, che può essere sostituita dal giudice con l'espulsione, ex art. 16 TU, da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera, senza la necessità di concedere un termine per la partenza volontaria.

Obiettivo che ha mosso il legislatore a prevedere il reato c.d. di clandestinità era la volontà di precludere l'applicazione della direttiva europea in tutti i casi in cui l'ingresso o la permanenza illegale dello straniero sul territorio configurassero reato²⁸⁵: ai sensi dell'art. 2, n. 2

285 È quanto sostenuto dal Ministro dell'interno Maroni nel corso

lett. b) dir. agli Stati è rimessa la possibilità di decidere di non applicare la direttiva ove il rimpatrio costituisca sanzione penale in conformità alla legislazione nazionale.

Questo sarebbe stato il caso, secondo la logica del legislatore storico, previsto dal combinato disposto degli artt. 10 *bis* e 16 TU.

Tale *modus operandi* è stato oggetto di critiche ad opera di attenta dottrina secondo cui tale tesi avrebbe portato la direttiva ad esser priva di effetti ed a svuotare l'obbligo di leale cooperazione che fa capo ai singoli Stati membri UE in sede di attuazione delle direttive europee²⁸⁶.

Sul punto si è espressa la Corte di Lussemburgo che, con la sentenza del 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11²⁸⁷, ha dichiarato incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di “clandestinità” previsto nell'ordinamento francese.

La Corte ha affermato che l'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 2 lett. b) dir. deve essere riferito a reati diversi rispetto al soggiorno irregolare, che costituisce presupposto per la

dell'audizione del 15 ottobre 2008 dinanzi al Comitato sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, citato da Di Martino A., Raffaelli R., *La libertà di “Bertoldo”: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it, 21.

286Favilli C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2009, 6.

287D'Ambrosio L., *Se una notte di inverno*, cit.; La Rosa M., *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?* in www.penalecontemporaneo.it; Raffaelli R., *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, ibid.

procedura di rimpatrio²⁸⁸, ove così non fosse la direttiva risulterebbe non applicabile proprio ai casi per i quali è stata pensata.

Secondo la Corte europea, posto che l'obiettivo della direttiva "rimpatri" è garantire una efficace procedura di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali dello straniero, ciò che osta al raggiungimento dell'effetto utile voluto è la previsione di misure limitative della libertà diverse dal trattenimento così come previsto ex artt. 7, 15 e 16 dir.

Sanzioni detentive, conseguenti alla mera condotta di mancata collaborazione da parte dello straniero nelle procedure di rimpatrio, ritardano l'esecuzione degli ordini di allontanamento ed ostano ad una corretta attuazione della direttiva: tale ragione ha fondato tanto la dichiarazione di incompatibilità con la normativa europea dell'art. 14. comma 5 *ter*, TU quanto dell'art. 621.1 del Codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto di asilo (Ceseda), che puniva con la pena della reclusione di un anno e dell'ammenda lo straniero entrato o soggiornante in Francia in assenza di documenti richiesti o trattenutosi, se maggiorenne, per un periodo superiore ai tre mesi senza munirsi di permesso di soggiorno.

Attivata la procedura di rimpatrio, lo straniero può esser trattenuto solo nei limiti e secondo le modalità previste dalla direttiva in quanto il trattenimento, ex artt. 15 e 16 dir., è la misura più restrittiva della libertà personale che possa essere comminata in un sistema costruito secondo una gradazione dei mezzi cui ricorrere al fine di conseguire l'obiettivo dell'allontanamento del cittadino di paesi terzi.

288Par. 41.

Entro i limiti fissati, non è precluso al singolo Stato membro di ricorrere al diritto penale.

Sotto tale punto di vista l'art. 10 *bis* prevede la sanzione dell'ammenda, che non pone, in astratto, problemi di compatibilità con il disposto della direttiva europea²⁸⁹.

In realtà, dubbi sorgono in ordine ai meccanismi di sostituzione della pena con l'espulsione o la permanenza domiciliare²⁹⁰.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 16 TU e 62 *bis* del d.lgs. n. 274 del 2000, il giudice di pace può sostituire²⁹¹ la pena dell'ammenda con l'espulsione, cui deve darsi esecuzione con accompagnamento coattivo alla frontiera ex art. 13, comma 4 lett. f), TU.

Tale ultima norma, nel prevedere una procedura derogatoria rispetto alle disposizioni europee, rinvia all'art. 2, n. 2 lett. b) dir.: il ricorso alla pubblica autorità, senza che venga riconosciuta la possibilità della partenza volontaria, si fonda sul fatto che l'espulsione è una sanzione penale.

È tale rinvio che pone non pochi problemi, in quanto l'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera è compatibile con la direttiva rimpatri ove consista in una sanzione penale per un fatto diverso dal soggiorno irregolare secondo il pronunciamento Achughbalian,

289Masera L., Viganò F., *Addio articolo 14*, cit. gli autori rilevano che la Corte ha avuto cura di precisare che la direttiva non osta alla previsione di misure, anche penali, per garantire l'effettività della procedura di allontanamento coattivo.

290Gatta G. L., “*Il reato di clandestinità*” (art. 10 *bis* TU imm.) e la “*direttiva rimpatri*”, su www.penalecontemporaneo.it

291Tale potere dalla giurisprudenza di Cassazione è stato ritenuto di tipo discrezionale, v. Cass. pen., sez. I, 22 febbraio 2011, n. 13408, in www.penalecontemporaneo.it

prima ricordato.

Da qui la ritenuta incompatibilità con la normativa europea degli artt. 13, comma 4 lett. f) e 16 TU nella parte in cui dispone, nel caso di condanna per il reato di cui all'art. 10 *bis*, la misura sostitutiva dell'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Incompatibili con la direttiva sarebbero, inoltre, le disposizioni di cui agli artt. 53 e 55, comma 5, d.lgs. n. 274 del 2000, che prevedono la possibilità di sostituire la pena pecuniaria con la permanenza domiciliare per un periodo massimo fino a 45 giorni.

Tali disposizioni trovano attuazione, per i reati di competenza del giudice di pace, nel caso in cui le pene non possano essere seguite per l'insolvibilità del condannato, ipotesi non infrequente con riferimento agli stranieri irregolari.

Il meccanismo di conversione in esame, è da rilevarsi, opera con riguardo non solo al “reato di clandestinità”, ma anche al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore, fatto punito, dopo la riforma del 2011, con la pena pecuniaria della multa²⁹².

Tale sostituzione, qualora avvenga durante una procedura di rimpatrio, contrasterebbe con gli obiettivi avuti di mira dalla direttiva in quanto alcuna previsione derogatoria è posta con riferimento al principio generale secondo cui la pena vada eseguita per intero prima dell'allontanamento dello straniero: così costruita, la sanzione della permanenza domiciliare è incompatibile con “la direttiva europea che agli artt. 7, 15 e 16 prevede precisi limiti alla privazione della libertà personale dello straniero irregolare,

292Supra par. 2.3.3.3.

che può avvenire solo alle condizioni previste dalla normativa europea senza possibilità di alcuna deroga peggiorativa”²⁹³.

Se, come affermato con le sentenze El Dridi e Achughbaban, il trattenimento può esser finalizzato alla sola esecuzione dell'allontanamento del cittadino di un paese terzo irregolare, la permanenza domiciliare manifesta la sua incompatibilità con il diritto dell'Unione in quanto la sanzione comporta un rallentamento nel procedimento espulsivo ed una limitazione della libertà al di là delle ragioni ritenute lecite.

Diversamente rispetto al caso Ed Dridi, a dover esser disapplicata non è una norma incriminatrice, l'art. 10 *bis*, ma le disposizioni che prevedono il meccanismo di sostituzione della pena con l'espulsione e lo detenzione domiciliare.

293 Trib. Rovigo, sez. dist. di Andria, ord. 15 luglio 2011.

Bibliografia.

- AA.VV., *Migration, Public Opinion and Politics*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gutersloch, 2009.
- Adamson F., Triadafilopoulos T., Zolberg A., *The limits of the Liberal State: migration, identity and belonging in Europe* in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2011, 843.
- Aime M., *Gli specchi di Gulliver. In difesa del relativismo*, Torino, 2006.
- Ambrosini M., *Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia, come e perché*, Milano, 2010.
- Anderson B., *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, 2000.
- Andreazza G., Pistorelli L., *Novità legislative: D.l. 26/06/2011 n. 89. Rel. n. III/08/2011 Ufficio massimario della Corte di Cassazione* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it
- Arendt H., *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2001.
- Augè M., *Per una antropologia della mobilità*, Milano, 2010.
- Bade K.J., *L'Europa in movimento. Le migrazioni dal settecento ad oggi*, Bari, 2001.
- Barbagli M., *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008.
- Barbati C., *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto* in *Dir. Amm.*, 2008, 913.
- Barberini B., Casucci M., *La Corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14. comma 5, e la direttiva rimpatri* in *Cassazione penale*, 2011, 1615.

- Bartoli R., *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?* in *Questione giustizia*, 2011, 17.
- Bascherini G., *Immigration, family life and EU citizenship: challenges to the concept of human dignity in Dignity in change. Exploring the Constitutional potential of EU gender and anti-discrimination law (AA.VV.)*, Firenze, 2010.
- Bascherini G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana fra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007.
- Bascherini G., voce *Immigrazione*, in *Enc. Giur.* 2004.
- Bellu G., *I fantasmi di Portopalo. Natale 1996: la morte di 300 clandestini ed il silenzio dell'Italia*, Milano, 2006.
- Benhabib S., *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, Bologna, 2008.
- Benhabib S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006.
- Benhabib S., *Un altro universalismo. Sull'unità e diversità dei diritti umani*, discorso presidenziale presso The American Philosophical Association, Washington D.C., 29 dicembre 2006.
- Beni P., *Crisi e politicità della cittadinanza* in *Questione giustizia*, 2011, 7.
- Benvenuti M., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 36.
- Bertolino M., *Legalità costituzionale in materia penale: tecniche decisorie e giudici ordinari*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 605.
- Bilongo J. R., *Noi migranti* in *Questione giustizia*, 2011,

265.

Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri* in *La ragionevolezza del diritto*, (a cura di) La Torre M., Spadaro A., Torino, 2010, 59.

Bin R., *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004.

Bin R., Brunelli A., Puggiotto A. (a cura di), *Stranieri fra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001.

Bombelli G., Montanari B. (a cura di), *Identità europea e politiche migratorie*, Vita e pensieri, Milano, 2008.

Bonetti P., *Il diritto di asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, 13.

Buffa F., *Il rapporto di lavoro degli extracomunitari*, Milano, 2009.

Calcagno E., *Cass. pen., sez., I, sentenza del 26.05.2004 (ud. 24.04.2004), n. 24142. Il commento* in *Diritto penale e processo*, 2005, 304.

Calcagno E., *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla "Bossi-Fini"* in *Diritto penale e processo*, 2004, 839.

Caggiano G., *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "paese di primo" ingresso per gli stati frontalieri del Mediterraneo* in *Gli stranieri*, 2011, 45.

Caggiano G., *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* in *Gli stranieri*, 2010, 7.

Camus A., *L'hote* in *L'exil et le royaume*, Edition Gallimard, 1957.

Caputo A., Fidelbo G., *Reati in materia di immigrazione e*

di stupefacenti, Torino, 2012.

Caputo A., *I migranti e lo sguardo del giurista* in *Questione giustizia*, 2011, 272.

Caputo A., *Il commento a Corte Costituzionale, sent., 8 luglio 2010 n. 250*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 1195.

Caputo A., *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice* in *Questione giustizia*, 2010, 175.

Caputo A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale* in *Diritto penale e processo*, 2010, 1187.

Caputo A., *Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione giustizia*, 2009, 83.

Caputo A., *Reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative* in *Diritto penale e processo*, 2009, 9.

Caputo A., Cicala M., Giunta F., *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 387.

Caputo A., *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione giustizia*, 2007, 1098.

Caputo A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.

Caputo A., voce *Immigrazione (dir. pen.)* in *Enc. Giur.* 2004.

Caritas/Migrantes, *Dossier statistico immigrazione 2011*, Roma, 2011.

Caritas/Migrantes, *Dossier statistico immigrazione 2010*, Roma, 2010.

Cartabia, M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione*

Europea in I diritti in azione. Universalismo e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Cartabia M. (a cura di), Bologna, 2007, 13.

Carusi D., «Psyche» e «Polis»: uno sguardo al diritto positivo nella luce della filosofia di Martha Nussbaum, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 353.

Cassese A., *I diritti umani oggi*, Bari, 2010.

Castles S., *Understanding global migration: a social transformation perspective* in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2010, 1565.

Celotto A., *Quando un «diritto» non è un diritto: sulla circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 859.

Centonze S. (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010.

Centonze S., *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza (d.l. 23.5.2008, n. 92, conv. Con modif. in l. 24.7.2008, n. 125; d.lgs. 2.10.2008, n. 159; d.lgs. 2.10.2008, n. 160)*, Torino, 2009.

Cerri A., voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, 2004.

Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione della Commissione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi*, Bruxelles, 2006, pubblicata su www.europa.eu

Commissione sulle libertà civili, giustizia ed affari interni, *Relazione della commissione di indagine del Parlamento europeo sui fatti di Rosarno*, 15-17 febbraio 2010 pubblicata su www.asgi.it

Corbetta S., Della Bella Angela, Gatta G. L., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*,

Milano, 2009.

Cornacchia L., *Tutela di beni giuridici versus tutela di norme* in *Scritti in memoria di Giuliano Marini* a cura di Vinciguerra S. e Dassano F., Napoli, 2010, 217.

Cossiri A., *La repressione degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, pubblicato su www.forumcostituzionale.it

Costa P., *Cittadinanza*, Bari, 2009.

Costa P., *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità panale* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1.

Curi A. (a cura di), *Lo straniero nel diritto penale del lavoro e dell'impresa*, Bologna, 2011.

Curi U. *Straniero*, Milano, 2010.

D'Ambrosio L., *Se una notte di inverno un sans-papier. La Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno conforme e non conforme alla "direttiva rimpatri"* pubblicato su contemporaneo

D'Ambrosio L., *I rapporti tra diritto UE e legislazione penale francese in materia di immigrazione irregolare alla luce della sentenza El Dridi*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Degl'Innocenti L., Tovani S., *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità. Il commento* in *Diritto penale e processo*, 2010, 1177.

Degl'Innocenti L. (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008.

Del Grande G., *Eccezioni dello stato di diritto e imbarbarimento civile. Centri di espulsione e respingimenti in Libia* in *Cosmopolis*, 2009, 25.

Del Guercio A., *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani*

in *Gli stranieri*, 2010, 73.

Del Lago A., *Non-persone*, Milano, 2004.

Della Bella A., *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina* in *Il corriere del merito*, 2010, 424.

Di Cagno E., *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato* in *Rivista penale*, 2010, 687.

Di Chiara G., *Ghost people. Immigrazione clandestina, tutela della salute e dignità della persona*, in *Questione giustizia*, 2009, 23.

Di Martino A., *Successioni di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore* in *Diritto penale e processo*, 2003, 537.

Di Martino A., Raffaelli R., *La libertà di "Bertoldo": «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it

Di Rienzo E., *Un referendum sull'identità nazionale*, il *Giornale* 11 gennaio 2010.

Dodaro G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2008, 1634.

Dogliani M., *Cittadino: un modello culturale superato?* in *Questione giustizia*, 2011, 19.

Dolcini E., Marinucci G., *Costituzione e politica dei beni giuridici* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1994, 333.

Donini M., Pavarini M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

Donini M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo di autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, 101.

Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La*

democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milano, 2004.

Donini M., voce *Teoria del reato*, in Dig. disc. pen., vol. XIV, Torino, 1999.

Doraci E., *Il contenzioso relativo ai cittadini extracomunitari davanti al giudice amministrativo* in Rassegna monografica de Il corriere del merito, 2010.

Epidendio T., *Direttiva rimpatri e art. 14 TU imm. - Intervento nel dibattito*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Eusebi L., *Dinnanzi all'“altro” che ci è problema: l'“incostituzionalità” di ogni configurazione dell'“altro” come nemico* in Archivio giuridico, 2009, 433.

Fanesi P., *L'art. 14, comma 5 ter, TU va disapplicato poiché contrario al risultato della direttiva 2008/115*, pubblicato su www.meltingpot.org

Favilli C., *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione* in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2010, 13.

Favilli C., *I principali atti dell'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo* in Diritto immigrazione e cittadinanza, 2009, 13.

Favilli C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi* in www.osservatoriosullefonti.it, 2009, 1.

Ferrajoli L., *La criminalizzazione degli immigrati. Note a margine della legge 94/2009* in *Questione giustizia*, 2009, 9.

Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2008.

Ferrajoli L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Bari, 1997.

Ferrero G., *Contro il reato di immigrazione clandestina. Un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Roma, 2009.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale – Parte generale*, VI ed., Torino, 2010.

Fiandaca G., voce *Omissione (diritto penale)*, in Dig. disc. pen., vol. VIII. Torino, 1994.

Fiandaca G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale* in Riv. ital. dir. proc. penale, 1982, 42.

Fioravanti M., *Per una storia dello Stato moderno in Europa*, in Quaderni fiorentini, 2012, 69

Focardi F., *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it

Fondazione ISMU, *Rapporto sulle migrazioni 2010*, Milano, 2010.

Fondazione ISMU, *Rapporto sulle migrazioni 2011*, Milano, 2011.

Forlatti S., *Discriminazione sulla base della cittadinanza e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamoroni* a cura di Desanti L., Perretti P. e Manfredi A., Milano, 2009, 231.

Forti G., *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in Riv. ital. dir. proc. penale, 2000, 39.

Gallo M., *Appunti di diritto penale*, Torino, 2007.

Gambardella M., *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in Cassazione penale, 2011, 1350.

Gambardella M., *Nuovi cittadini dell'Unione europea ed abolitio criminis parziale dei reati in materia di immigrazione. Nota alla sentenza Cass. S.U. 27 settembre 2007, n. 2451* in *Cassazione penale*, 2008, 898.

Gambardella M., *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti* in www.penalecontemporaneo.it

Gandolfi S., *Mongolia, fuga dal grande inverso* in *Corriere della sera* 16 febbraio 2012.

Gatta G.L., *“Il reato di clandestinità” (art. 10 bis TU imm.) e la “direttiva rimpatri”* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Gatta G.L., *Immigrazione: approvato il decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Gatta G.L., *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza* in *Diritto penale e processo*, 2009, 1323.

Gatta G.L., *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008.

Gatta G.L., *Discriminati perché clandestini* pubblicato su www.lavoce.info

Giolo O. e Pifferi M. (a cura di), *Il diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009.

Greco I., *Panorama storico dell'emigrazione italiana nel secondo dopoguerra. Le migrazioni verso Belgio, Francia, Germania* reperibile su www.cestim.it.

Guccione G., *Le fattispecie penali d'immigrazione e leggi di ratifica dei trattati di adesione all'Unione Europea*, in *La giustizia penale*, 2009, 15.

Guolo R., *Identità e paura: gli italiani e l'immigrazione*,

Udine, 2010.

Hampshire J., *Liberalism and citizenship acquisition: how easy should naturalization be?* in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2011, 953.

Heckmann F., Wunderlich T., *Amnesty for illegal migrants?*, Bamberg, 2005.

Held D., *Cultural diversity, cosmopolitan principles and the limits of sovereignty*, pubblicato su www.sifp.it

Henri L. B., *La Francia e l'identità nazionale, un dibattito che Sarkozy deve chiudere*, *Il corriere della sera* 8 gennaio 2010.

Irti N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2006.

ISMU, *Rapporto 2010*, Milano, 2010.

Jaworsky N., *“Terroristi alle porte?” Immigrati irregolari e discorso sul pericolo* in *Mondi Migranti*, 2011, 37.

Jhering R., *La lotta per il diritto*, Bari, 1960.

Kant I., *Per la pace perpetua*, Milano, 1996.

Kelsen H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989

Kaldor M., *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'era globale*, Roma, 1999.

Kalid K., *Le migrazioni internazionali*, Bologna, 2009.

La Rosa M., *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?* in www.penalecontemporaneo.it

La Rosa M., *I “crimini contro l'ospitalità”: vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale* in *Criminalia*, 2008, 407.

Leo G., *Illegittima la punizione dell'inottemperanza all'ordine «reiterato» di allontanamento quando ricorre un «giustificato motivo». Nota a C. cost., 17 dicembre 2010, n. 359 (sent.), Pres. De Siervo, Rel. Silvestri*

(*parziale illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5-
quater t.u. immigrazione*), pubblicato su
www.penalecontemporaneo.it

Lipari M. C., *La dignità dello straniero* in *Politica del
diritto*, 2006, 283.

Lorenzon S., *Tanto va la gatta al largo... il caso El Dridi e
le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia
di immigrazione* in *Quaderni costituzionali*, 2011, 699.

Manna A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina,
tra simbolismo penale e colpa d'autore* in *Cassazione
penale*, 2011, 446.

Manes V., *Attualità e prospettive del giudizio di
ragionevolezza in materia penale* in *Riv. ital. dir. proc.
penale*, 2006, 739.

Mangano A., *Gli africani salveranno Rosarno. E,
probabilmente, anche l'Italia*, Terrelibere.org 2009.

Mantovani F., *Migrazioni: problema epocale e planetario*,
in *Diritto penale e processo*, 2010, 393.

Mantovani F., *Insicurezza e controllo della criminalità in
Scritti in memoria di Giuliano Marini a cura di
Vinciguerra S. e Dassano F.*, Napoli, 2010, 489.

Mantovani F., *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile* in
Riv. ital. dir. proc. penale, 1990, 379.

Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Milano,
2001.

Marra G., *Criminali "irregolari", eguaglianza e diritto
penale d'autore. Nota alla sentenza della Corte
costituzionale del 08 luglio 2010, n. 249* in *Gli stranieri*,
2010, 241.

Mascia A., *Corte di giustizia, la direttiva sul rimpatrio dei
migranti irregolari osta alla normativa nazionale italiana
che punisce con la reclusione il cittadino di un paese terzo*

in soggiorno irregolare che non si è uniformato ad un ordine di lasciare il territorio italiano, pubblicato su www.antonellamascia.com

Masera L., *Successioni di leggi e “nuovo” art. 14 T.U.Imm.* in *Il corriere del merito*, 2011, 957.

Masera L., *Il riformato art. 14, comma 5 ter e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Masera L., *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 t.u.imm. Nota a Cass., sez. I pen., sent., 23.9.2011 (dep. 10.10.2011), n. 36446, Isoken, Pres. Chieffi, Est. Capozzi* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Masera L., *Artt. 6, 10 bis, 13, 14, 16. d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in Codice penale commentato* a cura di Marinucci G., Dolcini E., Milano, 2011.

Masera L., Viganò F., *Addio articolo 14. considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Masera L., *Costituzione ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria* in *Riv. ital. dir. proc. penale* 2010, 1386.

Masera L., *“Terra bruciata attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione dei diritti*, in Mazza O., Viganò F. (a cura di), *“Il pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009.

Masera L., *Immigrazione* in *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza* (d.l. 25 maggio 2008, n. 92 conv. In legge 24 luglio 2008, n. 125) (a cura di) Mazza O., Viganò

F., Torino, 2008, 3.

Mazzuccato C., *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. La posizione della Corte costituzionale ed i persistenti dubbi di legittimità riguardo ad una norma "lucidamente incoerente". Nota alla sentenza della Corte costituzionale del 5 luglio 2010, n. 250* in *Gli stranieri*, 2010, 119.

Moccia S., *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1995, 343.

Montanari A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, CEDAM, Milano, 2010.

Morozzo della Rocca P., *Prime note sul Decreto legge 23 giugno 2011, n. 89*, in *Gli stranieri*, 2011, 7.

Morselli C., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Enna, 2009.

Natale A., *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali - Disapplicazione della norma interna contrastante con la direttiva comunitaria* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Nascimbene B., *La "direttiva rimpatri" e le conseguenze della sentenza della Corte di Giustizia (El Dridi) nel nostro ordinamento* in *Gli stranieri*, 2011, 7.

Nascimbene B., *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali* in *Guida al diritto*, 2011, 10.

Nascimbene B., *Orientamenti e norme nazionali in materia di immigrazione. L'incidenza del diritto internazionale e comunitario. Le iniziative di riforma e le modifiche in corso*, in *Riv. ita. Dir. pubbl. Comunitario*, 2008, 719.

- Nascimbene B., *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale* in *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno* (a cura di Leanza U.), Napoli, 2004, 75.
- Natale A., *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione – prime riflessioni a caldo*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it
- Nicastro A., *Ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero: le novità* in *Pacchetto sicurezza* (a cura di) Randazzo E., Milano, 2009.
- Nasi T., *Sanatoria 2009 e violazione dell'ordine di espulsione: conseguenze sul procedimento penale*, in *Rivista penale*, 2010, 807.
- Nussbaum M., *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007.
- Onida V., *Efficacia non scontata per il ricorso al penale in Il sole 24 ore*, 22 maggio 2008.
- Onida V., *La Costituzione*, Bologna, 2007.
- Palazzo F., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine* in *Diritto penale e processo*, 2011, 657.
- Palazzo F., *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. respingimenti in alto mare)*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2011, 458.
- Palermo P., *L'art. 14, comma 5 ter e quater, fra Unione europea, diritto penale e procedura di rimpatrio. Breve cronistoria di un contrasto tra incriminazioni e diritti fondamentali*, in *Rivista penale*, 2012, 8.
- Palermo P., *La “clandestinità”: storia di “evoluzioni” criminali*, in *Rivista penale*, 2009, 815.
- Paliero C. E., *Il principio di effettività*, *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1990, 430.
- Pastore F., *Dobbiamo temere le migrazioni?*, Bari, 2004.

Pelissero M., *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione* in *Politica del diritto*, 2011, 239.

Peccioli A., *La clandestinità come circostanza aggravante* in *Diritto penale e processo*, 2009, 42.

Pecorella C., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008.

Pecorella C., *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?* *Nota a Cass. S.U. 26 marzo 2003, n. 25884* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2003, 1518.

Pelissero M., *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale* in *Questione giustizia*, 2010, 147.

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

Perrone L., *Da straniero a clandestino. Lo straniero nel pensiero sociologico occidentale*, Napoli, 2005.

Picardi A., *Perché il reato di ingresso clandestino non si applica al minore di età. Nota all'ordinanza del Gip presso il tribunale di Bari del 11 dicembre 2009* in *Gli stranieri*, 2010, 189.

Pifferi M., *L'illusione della libertà alle origini del diritto "negato" di emigrare*, in *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamoroni* a cura di Desanti L., Perretti P. e Manfredi A., Milano, 2009, 321.

Pighi G., *Le migrazioni negate. Clandestinità, rimpatrio, espulsione, trattenimento*, Milano, 2008.

Pinelli C., *Stato multiculturale e Stato costituzionale*, relazione al Convegno dell'Università di Cassino su "I diritti fondamentali nella società multiculturale: verso un

nuovo modo di intendere la Costituzionale?”, 27-28 novembre 2009.

Pisa P., *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare. Il commento* in *Dir. pen. proc.*, 2011, 804.

Pisa P., *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri* in *Diritto penale e processo*, 2011, 393.

Puggioni M., *L'immigrazione clandestina*, Genova, 2008.

Pulitanò D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012.

Pulitanò D., *Diritto penale*, IV ed. Torino, 2011.

Pulitanò D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010.

Pulitanò D., *Diritto penale*, III ed. Torino, 2009.

Pulitanò D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1077.

Pulitanò D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2006, 795.

Pulitanò D., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica dell'amico-nemico*, in *Questione giusitizia*, 2006, 740.

Pulitanò D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, (a cura di Dolcini E., Paliero E.), Milano, 2006, 658.

Pulitanò D., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 1270.

Pulitanò D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1983, 484.

Pulitanò D., *Ignoranza della legge*, in *EdD*, vol. XX, Milano, 1970.

Rafaelli R., *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Remotti F., *Contro l'identità*, Bari, 2009.

Renoldi C., *Il reato di immigrazione clandestina e la Costituzione in Questione giustizia*, 2009, 165.

Renoldi C., *I reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 38.

Rescigno F., *Il diritto di asilo*, Roma, 2011.

Resta F., *Le linee della politica governativa nei settori dell'immigrazione e dell'asilo* in *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale* a cura di Costanzo P., Mordegli S., Trucco L., Milano, 2008.

Ricour P., *La condizione di straniero: punti fermi per l'accoglienza* in *Vita e Pensiero*, 2008, 45.

Rigo E., *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Roma, 2007.

Romano M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2008, 538.

Romano M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1990, 55.

Ronzitti N., *Il Trattato Italia-Libia, amicizia, partenariato, cooperazione*, Servizio Studi del Senato della Repubblica, 2009.

Rovagnati A., *E' legittimo sanzionare penalmente la permanenza irregolare dello straniero?* In *Quaderni costituzionali*, 2011, 440.

Rovelli M., *Il paese sommerso dei clandestini al lavoro*, Torino, 2009.

Ruggiu I., *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale delle diversità* in *Polemos*, 2009, 27.

Savio G., *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 59.

Scevi P., *Considerazioni sul nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato* in *Rivista penale*, 2009, 915.

Scoletta M., *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante. Nota a Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011 (dep. 13 gennaio 2012), n. 977. Pres. Giordano, Rel. Di Tomassi, ric. Haouhu* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it

Silverio S., *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull'immigrato clandestino ovvero irregolare*, in *Politica del diritto*, 2009, 639.

Stella F., *La teoria del bene giuridico e c.d. fatto inoffensivi conformi al tipo* in *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1973, 3.

Tonini P., *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2008.

Toscano G., *Il Mediterraneo, la cittadinanza, i diritti umani* in *Questione giustizia*, 2010, 173.

Transatlantic Trends, *Immigration 2011* in www.transatlantictrends.org

Tropea G., *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante* in *Dir. Amm.*, 2008, 839.

Urbinati N., *Ai confini della democrazia. Opportunità e rischi dell'universalismo democratico*, Roma, 2007.

Walzer M., *Il governo mondiale è un sogno?* in *Quaderni costituzionali*, 2011, 187.

- Weizman E., *Il male minore*, Roma, 2009.
- Valtimora A., *La disciplina dell'immigrazione*, Napoli, 2009.
- Veronesi P., *Sulle tracce dei concetti di "Nazione" e di "Unità nazionale"* in Quaderni costituzionali 2011, 313.
- Viganò F., *Diritto penale ed immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore* in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2010, 13.
- Viganò F., Masera L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in Riv. ital. dir. proc. penale 2010, 560.
- Viganò F., *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento* pubblicata su www.penalecontemporaneo.it
- Viganò F., *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore. Qualche replica "a caldo" alle obiezioni sinora sollevate nel dibattito in corso* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it
- Vivarelli M. G., *Il caporalato: problemi e prospettive* in Diritto penale e processo, 2009, 35.
- Zanichelli M., *Il significato dei diritti fondamentali in I diritti in azione. Universalismo e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Cartabia M. (a cura di), Bologna, 2007, 507.
- Zirulia S., *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in Il corriere del merito, 2011, 507.
- Zirulia S., *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?* pubblicato su www.penalecontemporaneo.it
- Zolo D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza,*

identità, diritti, Bari, 1999.