

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**TESI DI DOTTORATO IN
“DIRITTI UMANI, STORIA, EVOLUZIONE E LIMITI”
IUS/17**

**“LO STATUTO GIURIDICO DELLO STRANIERO IRREGOLARE
TRA ESPULSIONI E FATTISPECIE PENALI COLLEGATE
ALL’IRREGOLARITÀ”**

**COORDINATORE DEL DOTTORATO
CH. PROF. ALDO SCHIAVELLO**

**TUTOR
CH. PROF. ALESSANDRO SPENA**

**CANDIDATO
LUCIANO DI TRANSO**

PREMESSA

La domanda che è alla base del lavoro è la seguente: cosa accade allo straniero irregolare in Italia, in ragione, solo, della sua condizione di irregolarità?

La domanda serve a strutturare e a limitare il discorso.

Limitarlo, soprattutto, sotto due profili.

Innanzitutto, non costituisce oggetto del presente lavoro cosa accada allo straniero che voglia, e stia per, entrare in Italia. Il discorso non tocca perciò il tema dei respingimenti o degli altri strumenti che servono ad attuare la protezione delle frontiere, tema che è molto complesso e attuale ma non ha delle connessioni ritenute essenziali per lo svolgimento dell'argomento.

Il tema del lavoro è perciò limitato alla condizione dello straniero che abbia fatto ingresso e si trovi nel territorio nazionale e che o non fosse in regola già al momento dell'ingresso o che non sia comunque in regola con le condizioni del soggiorno.

Del pari, non costituisce oggetto del lavoro cosa accada allo straniero in ragione di altri fatti giuridicamente pregnanti che danno vita a discipline particolari, come nel caso dello straniero pericoloso, vale a dire dello straniero che costituisca minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Anche questo secondo tema presenta delle possibili connessioni con quello che costituisce oggetto del presente lavoro, ma anch'esse non si sono ritenute essenziali. La domanda è dunque secca ed essenziale, anche se alla sua secchezza ed essenzialità, come si vedrà, non corrisponde una risposta semplice, e anzi è proprio la complessità e peculiarità della risposta a richiedere che la domanda sia posta nei termini e con i confini appena tracciati.

La prima risposta a questa domanda, la più semplice e potenzialmente tranciante, è la seguente: lo straniero irregolare viene espulso.

Si tratta di una risposta che si ricava dalla lettura della legge fondamentale che regola la condizione degli stranieri, vale a dire il D.lgs. n. 286 del 1998, sinteticamente definito Testo Unico sull'immigrazione (TU imm.).

In particolare, l'art. 13 TU imm. prevede, sin dal momento della sua emanazione, che lo straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera o che è comunque irregolarmente soggiornante viene espulso con provvedimento del prefetto.

Anzi, la risposta è ancora più tranciante se si guarda all'art. 14 TU imm., secondo il quale, almeno nella sua versione antecedente alle più recenti modifiche legislative, ma, sostanzialmente, anche attualmente, lo straniero espulso è immediatamente accompagnato alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Si potrebbe, dunque, in prima battuta rispondere alla scarna domanda "cosa accade allo straniero irregolare?" con una altrettanto scarna risposta: "lo straniero irregolare viene espulso, anzi, viene immediatamente espulso".

Se però dal piano puramente normativo si passa a quello dei fatti, a quello che realmente accade nella realtà, l'essenzialità della risposta si perde.

Un dato, che sarà più in là analizzato, può essere immediatamente evidenziato. Si calcola che attualmente soggiornino in Italia circa 544 mila stranieri irregolari. Allo

stesso tempo, da fonti certe, emerge che nell'ultimo anno sono state eseguite circa 16 mila espulsioni.¹

E allora, quella che sul piano normativo appariva una risposta semplice, inizia a trasformarsi e anzi quasi si converte nel suo opposto. Lo straniero irregolare non viene espulso, se non in una percentuale minima di casi.

Ancora, se si esamina il dato delle sanatorie, si calcola che circa due terzi degli stranieri extracomunitari regolarmente residenti attualmente in Italia sono in condizioni di regolarità per effetto di una successiva regolarizzazione.²

La risposta diventa, dunque, questa: "gli stranieri irregolari non vengono espulsi, se non in minima parte, e la maggior parte di loro viene anzi regolarizzata".

Dunque, la domanda su cosa accada agli stranieri irregolari in Italia diventa una domanda sulla condizione giuridica di persone che effettivamente soggiornano, lavorano, hanno figli ecc. in Italia, seppure in condizioni di irregolarità.

Si capisce anche che la domanda è assolutamente cruciale, se non altro per le dimensioni numeriche che ha assunto la condizione di irregolarità.

La risposta si fa dunque più complessa.

Senz'altro si può dire che lo straniero irregolarmente soggiornante, solo in ragione della sua condizione di irregolarità, è sottoposto a un procedimento amministrativo finalizzato all'espulsione.

Questo procedimento, seppure ha avuto effetti numerici limitati, è tuttavia potenzialmente estensibile alla generalità degli immigrati irregolari, che tocca tutti, indipendentemente dalla ragione che abbia dato vita all'irregolarità (sia essa una causa originaria, come l'ingresso irregolare, o una causa sopravvenuta, come ad esempio il mancato rinnovo del permesso di soggiorno, che rappresenta, peraltro, la causa statisticamente più frequente).

Ciò che dunque si può dire, coniugando la risposta normativa con quella di fatto, è, in prima battuta, che tutti gli stranieri irregolarmente soggiornanti, da qualunque ragione dipenda l'irregolarità della loro condizione, sono sottoposti alla possibilità, o alla minaccia, di essere espulsi.

Il procedimento di espulsione, che, giudicato in termini di effettività, dà un risultato così modesto, costituisce, tuttavia, per tutti gli irregolari, un fattore di intrinseca instabilità e fragilità, dal momento che può fare cessare, in qualunque momento, il loro soggiorno in Italia, e opera come uno strumento di selezione tra gli immigrati irregolari sulla base di criteri di fatto che prescindono pure dalla ragione che ha determinato la condizione di irregolarità, opera, perciò, come uno strumento, dall'interno, di regolazione dei flussi degli immigrati.

In quanto strumento di regolazione dei flussi, il procedimento di espulsione apre delle connessioni con altri strumenti che hanno una funzione analoga, gli strumenti di regolazione dei flussi in ingresso, vale a dire gli strumenti che consentono agli immigrati stranieri, già a monte, di entrare e soggiornare in condizioni legali, e le sanatorie.

Dei primi, si può senz'altro dire che in tanto funzionano, in quanto siano aderenti alla realtà della domanda e dell'offerta di lavoro, mentre se fissano dei criteri troppo stringenti non ostacolano, o ostacolano solo in parte, i flussi di migranti economici e, piuttosto, generano irregolarità.

1 *Immigrazione. Dossier statistico. XXI rapporto*, Idos, Roma, 2011

2 *Immigrazione. Dossier statistico. XX rapporto*, Idos, Roma, 2010

Delle sanatorie si può senz'altro dire che, in tanto si giustificano, in quanto gli strumenti di regolazione dei flussi abbiano generato irregolarità e in quanto il sistema delle espulsioni non abbia funzionato.

Ciò che senz'altro può anche dirsi è che un discorso sulla condizione dello straniero irregolare, pur partendo dalla essenziale domanda iniziale, non può anche non interrogarsi sui meccanismi che hanno prodotto l'irregolarità, perché da questo quesito non può prescindere la valutazione complessiva del sistema messo in piedi dall'ordinamento.

Partendo, dunque, dalla essenziale domanda iniziale, e acclarata l'insufficienza di una risposta altrettanto essenziale e tranciante, occorre, per l'appunto, interrogarsi su quali siano i meccanismi che generano l'irregolarità e quale sia il complesso delle risposte dell'ordinamento di fronte alla così rilevante e numericamente cospicua presenza al suo interno di stranieri non in regola con le condizioni del soggiorno.

A tal proposito, pare utile subito rilevare che una serie di istituti, a ben vedere, nascono proprio dalla consapevolezza e piena coscienza del legislatore che la risposta tranciante dell'espulsione non sia sufficiente e, se si guarda al dibattito politico sull'immigrazione in Italia, si scoprirà che le forze politiche si sono storicamente divise non tanto sul principio dell'espulsione degli immigrati irregolarmente soggiornanti, ma piuttosto sugli strumenti per rendere questa effettiva, oltre che sugli altri strumenti di regolazione dei flussi e sul trattamento giuridico della condizione dello straniero irregolare.

Scorrendo gli articoli del TU imm., è facile accorgersi, in contraddizione rispetto alla previsione della perentorietà dell'espulsione e della sua immediata esecuzione mediante accompagnamento alla frontiera, che la risposta dell'ordinamento è complessa e articolata sul lungo periodo.

Innanzitutto, all'interno del procedimento amministrativo di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante è prevista anche la possibilità del suo trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione, prima denominato centro di permanenza temporanea, rimedio concepito proprio per i casi in cui e fintantoché l'espulsione non abbia potuto essere eseguita.

In secondo luogo, si scopre che, in funzione servente rispetto agli atti del procedimento di espulsione, è dettata una serie di norme penali incriminatrici, che hanno la funzione di assicurare l'efficacia degli atti della procedura, e che, lette in uno con le norme che disciplina il procedimento di espulsione, costituiscono un *corpus* e un sistema unitario, con una forte connotazione speciale.

In modo più radicale, si scopre che la condizione di irregolarità, a partire dal "pacchetto sicurezza" del 2008 e fino alla pronuncia di incostituzionalità della norma, ha costituito circostanza aggravante del reato e che attualmente, a partire dal "pacchetto sicurezza" del 2009, costituisce, in sé, reato.

E ancora, si scopre che, all'interno del TU imm., è presente una serie di norme che disciplinano la condizione dell'irregolare, in particolare imponendogli dei limiti, degli obblighi e dei divieti.

Il lavoro si propone di analizzare, nella sua articolazione e complessità, la risposta dell'ordinamento alla condizione di irregolarità, almeno nei suoi tratti essenziali.

Il tema è centrale per alcune ragioni, che possono così sintetizzarsi:

1. la condizione di irregolarità è oggetto di un sistema penale e amministrativo costruito per realizzare, attraverso il complesso (articolato e contraddittorio)

meccanismo delle espulsioni, come si è già accennato, una selezione e una regolazione dei flussi degli stranieri in Italia. La selezione è tra immigrati irregolari e immigrati regolari, indipendentemente dalla ragione che ha determinato l'irregolarità. Essa è tanto più importante se si considera che gli altri meccanismi di selezione "a monte", vale a dire gli strumenti che consentono *ab initio* allo straniero di fare ingresso e soggiornare nel territorio nazionale in condizione di legalità, di volta in volta predisposti dal legislatore, e da attuarsi mediante il sistema dei cd. decreti flussi (chiamata individuale, sponsorizzazione ecc.), ecc., hanno avuto, di fatto, una portata reale marginale e che "storicamente" il principale mezzo che ha consentito di accedere alla condizione di legalità sono state le ormai numerose sanatorie o regolarizzazioni succedutesi negli anni. Sicché la selezione che si attua nel procedimento di espulsione è, sulla base di quanto sinora è sempre avvenuto, una selezione in grado di dividere tra espulsi e potenziali regolari. Si tratta, dunque, di un meccanismo che seleziona tra immigrati irregolari e immigrati regolari, nella implicita consapevolezza che i non espulsi possano un giorno, come finora è sempre avvenuto, passare, attraverso una sanatoria, dalla condizione di irregolarità alla condizione di regolarità. La storia del fenomeno dell'immigrazione in Italia dimostra che la condizione di irregolarità del soggiorno dello straniero è un passaggio quasi obbligato e "fisiologico" per accedere alla legalità. Relativamente pochi sono gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia che non siano stati, per un periodo più o meno lungo, irregolari (ovvero "clandestini"). La "clandestinità"³, per quanto osteggiata e combattuta a parole, è stata di fatto una condizione assolutamente fisiologica, prima di accedere alla regolarità e, anzi, la principale che abbia finora permesso di farlo. Sotto questo profilo, potrebbe dirsi che l'irregolarità è stata una specie di legalità potenziale. È dunque centrale, anche in quest'ottica più generale, e costituisce una parte rilevante del lavoro, l'analisi tecnica dei meccanismi giuridici mediante i quali si attua il sistema penale e amministrativo delle espulsioni, con particolare riguardo ai soggetti che realizzano formalmente questa selezione (che, come si vedrà, sono, oggi, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, gli organi della prefettura e della questura, con il controllo giurisdizionale del giudice di pace), alle condizioni formali e fattuali in presenza delle quali questo genere di selezione si attua e alle garanzie in capo ai destinatari degli atti;

3 Con riguardo all'uso improprio e fortemente connotato negativamente dei termini "clandestino" o "clandestinità" per indicare semplicemente la condizione dell'immigrato irregolarmente soggiornante o addirittura dello straniero, v. G. Di Luzio, *Brutti, sporchi e cattivi*, Roma, Ediesse, 2011, in cui si legge, alle pagg. da 45 a 47: "L'immigrato è sempre clandestino o extracomunitario, mai irregolare - termine sconosciuto alla maggior parte dei media - come sarebbe più giusto dire o scrivere, in linea con la vulgata giornalistica che non riconosce loro altro status. Che si tratti di rifugiato politico o richiedente asilo o migrante con bisogni umanitari in cerca di occupazione o semplicemente di chi attende il rinnovo del permesso di soggiorno o ne ha perso il diritto al rinnovo, il protagonista della narrativa dominante resta il *clandestino*. [...] Le forme di intolleranza passano anche attraverso il linguaggio e le mille forme dispregiative di connotazione. Il termine *extracomunitario*, per esempio, oggi sostituito col più tenebroso *clandestino*, viene coniato sull'onda delle prime regolarizzazioni sul finire degli anni ottanta ad opera dello stesso legislatore. [...] Come in quegli anni anche oggi l'immigrato di turno perde identità, divenendo semplicemente un *extracomunitario*, un *clandestino*."

2. Oltretutto, il sistema penale e amministrativo costruito attorno alla irregolarità dell'ingresso o soggiorno non solo seleziona, come si è accennato sopra, gli immigrati irregolarmente soggiornanti che saranno effettivamente allontanati dal territorio nazionale, ma anche quelli che, al contrario, pure rimanendovi, saranno trattenuti nei centri di identificazione ed espulsione, in attesa di essere a loro volta rimpatriati, oppure, come pure avviene di frequente, per essere poi rilasciati e continuare ad essere "clandestini"; l'irregolarità è, cioè, anche una condizione che può dare luogo alla cd. detenzione amministrativa;
3. Attraverso il sistema penale del trattamento della condizione di irregolarità si realizza, di fatto, e più o meno intenzionalmente, anche, e soprattutto, un meccanismo di condizionamento della vita giuridica dell'immigrato irregolare, ovvero del "clandestino". Come si vedrà, le fattispecie penali si inseriscono, per lo più, nella procedura amministrativa di rimpatrio, con una funzione sostanzialmente servente rispetto agli atti in cui questa si snoda, al fine di assicurare il loro rispetto. Tutte le norme penali, e soprattutto quella attualmente prevista dall'art. 10 bis TU, hanno, però, ormai, limitatissimi, se non nulli, effetti sul piano propriamente "endopenale" della sanzione, ed hanno invece una funzione simbolica e sono in grado di incidere sulla vita dell'immigrato irregolare, rendendolo più "debole" e ricattabile anche solo in ragione della sua condizione di irregolarità, e, anche formalmente, precludendogli l'accesso ad alcuni diritti e servizi, escludendolo dalla dimensione pubblica e, in parte, dall'autonomia privata; in questo senso, le norme penali fanno corpo con altre norme, pure previste nel TU imm., che pure hanno uno scopo analogo e pongono limiti e divieti allo straniero irregolarmente soggiornante;
4. Il sistema penale e amministrativo costruito attorno all'irregolarità del soggiorno nel territorio nazionale pone rilevanti problemi formali sotto il profilo della conformità alle norme costituzionali e agli atti comunitari. In quest'ottica, il lavoro si propone di analizzare le questioni maggiormente significative e rilevanti, che sono, attualmente, soprattutto quelle di conformità tra il nuovo TU imm., come riformulato a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, e il sistema disegnato dalla cd. direttiva rimpatri, oltre ad altri aspetti di costituzionalità che, seppure già affrontati dalla Corte Costituzionale, presentano anch'essi profili di novità, per effetto del mutamento complessivo del sistema del processo di rimpatrio di recente realizzato dal legislatore;
5. Il modo in cui si è evoluto e si atteggia attualmente il sistema penale e amministrativo costruito attorno all'irregolarità del soggiorno nel territorio nazionale, unitamente alle altre norme che disciplinano la condizione dell'irregolare, è in grado di dirci molto sia della trasformazione del diritto penale nel suo complesso e delle funzioni che è chiamato a svolgere, sia dell'atteggiamento culturale italiano nei confronti dell'immigrazione (cd. "funzione specchio dell'immigrazione").

Il lavoro ha la finalità di affrontare ciascuno dei temi sopra indicati e si compone:

1. Di una prima parte, nella quale, con successione cronologica, sono riportate le grandi linee dell'evoluzione della disciplina dettata in riferimento alla

irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, in un quadro che descrive sinteticamente anche gli ulteriori meccanismi di regolazione dei flussi, e sono evidenziati e maggiormente analizzati, anche sotto il profilo giuridico, gli "eventi" più rilevanti che hanno inciso su tale disciplina. Questa parte ha la funzione di fare emergere quali siano stati, sinora, i temi maggiormente significativi, in modo che possano, da un lato, essere seguite e individuate alcune linee di tendenza generali e, dall'altro, possano essere offerti alcuni strumenti che serviranno alla più approfondita analisi giuridica che sarà compiuta nella seconda parte e alla sintesi che sarà svolta nella terza. Con questa seconda finalità, gli istituti giuridici attualmente vigenti, e quelli immediatamente precedenti, nonché le argomentazioni maggiormente significative offerte dagli organi giudiziari e dalla dottrina con riguardo ai temi di maggiore interesse, saranno descritti e affrontati con maggiore precisione, in modo che ciò possa gettare le basi per l'analisi e la sintesi compiute nelle altre parti del lavoro. Questa prima parte non ha, ovviamente, alcuna pretesa di completezza, perché, come è noto, attorno alla disciplina penale e amministrativa collegata all'irregolarità dell'ingresso e del soggiorno, si è posta, e continua incessantemente a porsi, una varietà enorme di questioni. È parso però utile "isolare" alcuni temi e alcuni passaggi, nel tentativo di individuare quali siano, tra essi, quelli peculiari, sia sul piano della garanzie, sia al fine di decifrare il sistema nel suo complesso.⁴ In quest'ottica si è deciso di escludere dalla presente trattazione temi analoghi o collegati, ma non essenziali nell'economia del discorso, quali, ad esempio, quello delle espulsioni degli stranieri non dipendenti dalla condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno in quanto tale, e quello dei respingimenti alla frontiera, individuali e collettivi, e le questioni, pure molto rilevanti, a questo connesse, degli ulteriori strumenti di controllo delle frontiere (come gli accordi internazionali, ecc.) e dei richiedenti asilo.

2. Di una seconda parte, nella quale saranno utilizzate categorie giuridiche per affrontare la questione centrale che attualmente si pone con riguardo al tema oggetto del lavoro, vale a dire il rapporto tra il TU imm., e in particolare i nuovi artt. 13 e 14, come riformulati a seguito dell'emanazione del d.l. n. 89 del 2011, e la cd. direttiva europea rimpatri, nonché tra il primo e le norme costituzionali, almeno per quanto riguarda gli aspetti che si sono considerati maggiormente critici o rilevanti. La questione che si è scelto di affrontare è centrale, perché le novità introdotte dal d.l. appena citato sono tanto importanti da fare ritenere superate alcune delle questioni precedenti, impone comunque una rivisitazione di quelle ancora attuali e proporre di nuove. Allo stesso tempo, è una questione di particolare complessità, determinata dal fatto che né la dottrina, né la giurisprudenza, hanno ancora avuto modo di confrontarsi, né tanto meno di elaborare e metabolizzare, le notevoli novità introdotte dal recente decreto. Sicché, il campo di analisi si presenta, sotto questo aspetto, come una terra ancora "vergine". In questa parte del lavoro, dopo una premessa di carattere preliminare sugli strumenti interpretativi da utilizzare nella valutazione del rapporto tra fonti interne e

⁴ Con riguardo alla difficoltà di individuare le questioni maggiormente significative e peculiari, v. R. Bartoli, *il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2011, pagg. 17 ss.

normativa comunitaria derivata, si entrerà nel vivo, per affrontare i singoli punti critici e di contrasto tra il TU imm. e la direttiva rimpatri, nonché per rivisitare alcune questioni ricorrenti, ma mai definitivamente risolte, come quella dell'intrinseca ragionevolezza del sistema disegnato dal legislatore. Questa parte si propone anche di cercare di capire quali potrebbero essere, per ciascun punto, gli effetti del contrasto tra le singole norme del TU prese in esame e la direttiva rimpatri, con riguardo alla possibilità di arrivare a una "interpretazione comunitariamente orientata" di tali norme, ovvero pervenire a una loro disapplicazione. Il terzo e il quarto paragrafo di questa parte si propongono, in particolare, di riverificare, anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia europea del 28.4.2011, la "tenuta" sotto il profilo costituzionale e la conformità alla direttiva rimpatri delle fattispecie penali maggiormente significative, vale a dire quelle previste dagli art. 10 bis, 14, co. ter e quater, TU, mentre l'ultimo paragrafo ha la finalità di analizzare la conformità alla Costituzione del ruolo del giudice di pace nella procedura di rimpatrio dello straniero irregolare.

3. Nella terza parte, il piano del lavoro si sposta da un campo di analisi prettamente giuridico a un piano più generale, di valutazione delle politiche dell'immigrazione e dell'uso dello strumento penale nell'ambito di queste politiche. Saranno a tal fine utilizzate, in modo critico, categorie quali, ad esempio, quelle del "diritto penale del nemico", ovvero del "diritto penale dell'indebolimento". La tesi di fondo, confortata anche di recente da alcuni studiosi, è, in sostanza, che, nella politica italiana di gestione dei flussi degli immigrati, si siano, più o meno consapevolmente, privilegiati dei meccanismi di "costruzione" dell'irregolarità, ovvero della "clandestinità", o, comunque, si sia privilegiata la gestione dell'irregolarità piuttosto che la stabile predisposizione di meccanismi in grado di creare "regolarità" o "regolarizzazione". In quest'ottica, le fattispecie penali del TU imm., e soprattutto il reato di immigrazione clandestina, hanno avuto una funzione soprattutto simbolica, come strumento di "stigmatizzazione" della condizione dello straniero in quanto tale, e di condizionamento della vita dello straniero irregolare, in termini di impossibilità di accesso a diritti e servizi.

Il metodo e gli strumenti utilizzati saranno di carattere interdisciplinare, non solo perché il lavoro si propone di passare, nella sua terza parte, ad una valutazione, più generale, del "senso" delle politiche penali dell'immigrazione, raccogliendo i fili tracciati nelle prime due parti, ma anche per la convinzione che una lettura meramente penalistica del sistema non sia sufficiente a fare emergere i punti maggiormente critici, soprattutto con riguardo alle garanzie in capo allo straniero irregolarmente soggiornante.⁵

⁵ Con riguardo all'insufficienza di letture meramente penalistiche, v. R. Bartoli, *il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, cit., pag. 24, in cui si legge: "D'altra parte, il punto che a me preme mettere in evidenza è soprattutto un altro, e, cioè, che dalla lettura "meramente" penalistica del sistema non emerge il reale trattamento dell'immigrato irregolare e la forte tensione che tale disciplina crea con le garanzie. La stessa qualifica di una disposizione come penale consente infatti di attivare meccanismi di tutela che alla fin fine pongono i consueti e ordinari problemi di tensione con le garanzie. Al contrario, sono soprattutto nelle disposizione che disciplinano i procedimenti amministrativi che si annidano non solo le tensioni maggiori con i principi di garanzia, ma anche

questioni che, da un lato, mostrano davvero il passaggio da un diritto punitivo del fatto a quello dell'autore, e da un altro, sono davvero le più difficili da sollevare proprio in virtù del particolare carattere non penale della disciplina." Nello stesso senso, seppure con specifico riferimento alla lettura degli interventi di natura amministrativa introdotti nel "pacchetto sicurezza" del 2009, cfr. L. Masera, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. Mazza e F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 30, in cui si legge, al riguardo: "proprio in ragione dell'importanza che tali interventi rivestono nell'azione di contrasto verso l'immigrazione clandestina, ed in ragione altresì dell'impossibilità di cogliere il senso della disciplina penale se non collocandola all'interno del complessivo disegno normativo, crediamo utile anche per il penalista provare a gettare lo sguardo al di fuori del proprio ristretto "orticello", prendendo in considerazione tutti gli strumenti sanzionatori che, anche se formalmente estranei all'area del penale, limitano o impediscono l'esercizio di diritti fondamentali (in primis, la libertà personale);".

CAPITOLO I

Evoluzione della disciplina dell'irregolarità dell'ingresso e del soggiorno dello straniero in Italia

Introduzione

Il capitolo si propone di dare una risposta in una prospettiva storica⁶, riportando gli eventi in una successione cronologica, al seguente quesito: come l'ordinamento italiano ha regolato e regola attualmente la condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno in Italia dello straniero?

La risposta, come si è già accennato, non può prescindere dalla valutazione delle cause che hanno determinato la situazione di irregolarità, per cui la domanda deve ulteriormente articolarsi nelle seguenti: come si produce l'irregolarità, quali sono i meccanismi e gli strumenti che l'hanno storicamente causata, e come l'ordinamento ha reagito e reagisce alla condizione di irregolarità?

La prima articolazione della domanda è anche necessaria per decongestionare e liberare il tema dalle false idee che lo sovrastano e che fanno istintivamente venire alla mente, quando si parla di irregolarità dello straniero, le immagini di folle di disperati che giungono sulle coste dell'Italia meridionale, i cd. clandestini.

In realtà, la condizione di irregolarità riguarda questi, ma riguarda anche coloro che sono, ad esempio, entrati regolarmente in Italia, e sono stati, anche, per un periodo, stabilmente inseriti nel contesto lavorativo, salvo poi avere perso il lavoro e, con esso, la possibilità di rinnovo del permesso di soggiorno e anche coloro che, ad esempio, entrati in Italia con un permesso di soggiorno per motivi di studio, non hanno poi potuto convertirlo in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, o, ancora, coloro il cui permesso di soggiorno è semplicemente scaduto.

Il capitolo si compone, innanzitutto, di tre paragrafi in cui si tenterà di offrire una visione sintetica della situazione normativa a partire dagli anni '80, attraverso la legge Turco - Napolitano del 1998 e fino alla legge Bossi - Fini del 2002 e alla successiva l. n. 271 del 2004.

Successivamente, il discorso entrerà più nel vivo delle questioni attuali, la successione degli eventi presi in considerazione si farà più stringente e più dettagliata si farà l'analisi degli istituti e delle argomentazioni giuridiche maggiormente rilevanti.

Il maggiore approfondimento è stato ritenuto necessario, perché da esso possono trarsi le basi per l'analisi di costituzionalità dell'assetto attuale, che sarà fatta nel secondo capitolo e per la sintesi del terzo capitolo.

Può essere utile sin da ora offrire una chiave di lettura dell'evoluzione del sistema.

Si può immediatamente notare che l'evoluzione del quadro normativo è percorsa da alcune costanti.

⁶ Per un'analisi in prospettiva storica della disciplina dell'immigrazione, v. L. Einaudi, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Laterza, Bari, 2007, nonché, con particolare riferimento all'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007.

Su un piano generale, occorre rilevare che la regolazione del fenomeno dell'immigrazione straniera, fenomeno essenzialmente di radice economica, in Italia è stata prevalentemente affrontata in un'ottica di tutela dell'ordine pubblico, ed emergenziale.

Più nello specifico, esistono poi delle costanti sia con riguardo alle cause e ai meccanismi legislativi che hanno prodotto l'irregolarità⁷, che con riguardo ai modi in cui l'ordinamento ha reagito alla condizione di irregolarità, seppure con delle forti specificità e accentuazioni nel periodo dal 2008 in poi, periodo preso in esame a partire dal quarto paragrafo del presente capitolo.

Quanto alle cause dell'irregolarità, occorre distinguere tra una irregolarità per così dire genetica, al momento dell'ingresso, che dipende dai meccanismi che il legislatore appronta per fare in modo che la posizione dello straniero sia dal primo momento legale, e una irregolarità derivata, vale a dire una condizione di irregolarità che si determina per il venire meno degli originari presupposti e condizioni che avevano consentito allo straniero l'ingresso regolare nel territorio nazionale.

Ciò che si può facilmente rilevare è che, con costanza e anzi in modo progressivamente sempre più accentuato, sia i meccanismi che avrebbero dovuto generare regolarità all'ingresso che quelli che avrebbero dovuto consentire allo straniero regolare di conservare tale condizione, hanno, in realtà, generato irregolarità.⁸

Sul primo versante, occorre notare che il meccanismo principe che avrebbe dovuto consentire allo straniero di accedere in Italia in condizioni di regolarità è quello della regolazione dei flussi mediante il sistema delle quote d'ingresso.

È però un dato acquisito che i decreti flussi, nei limitati casi in cui sono stati emanati, hanno in realtà previsto e consentito un numero di ingressi molto inferiore sia alla domanda che all'offerta di lavoro e anzi, in molti casi, non hanno realmente consentito l'ingresso di nuovi stranieri in Italia, avendo piuttosto avuto la funzione, mascherata, di consentire la regolarizzazione degli stranieri già presenti sul territorio nazionale.

In secondo luogo, il meccanismo della chiamata nominativa, fondato sull'incontro di domanda e offerta di lavoro individuale, quando lo straniero ancora si trova fuori dal territorio nazionale, è irrealistico ed è apparso sin dal primo momento predisposto proprio per sanare preesistenti situazioni di irregolarità del soggiorno, piuttosto che per consentire nuovi ingressi.

Altri meccanismi più adeguati o sono stati presto eliminati, come quello della sponsorizzazione, o sono stati progressivamente limitati, come quello del ricongiungimento familiare.

Rappresenta altresì una costante la precarietà della condizione di regolarità dello straniero, legata alla permanenza del rapporto di lavoro e di determinate condizioni di reddito e destinata perciò, in molti casi, a perdersi con il passare del tempo, anche a causa della farraginosità delle procedure.

7 Per un'analisi approfondita delle ragioni e delle cause dell'immigrazione irregolare, v. M. Ambrosini, *Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia. Come e perché*, Il Saggiatore, Milano, 2010.

8 Sul punto v. A. Caputo, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, in *Questione Giustizia*, n. 3-4, 2011, pagg. 272 – 284.

Il legislatore non ha poi mai previsto degli strumenti che consentissero, ad esempio, la trasformazione del permesso di soggiorno per motivi di studio in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per cui è capitato e capita di frequente che da una originaria condizione di regolarità si sia passati ad una condizione di irregolarità del soggiorno.

Una costante dell'evoluzione è dunque che il sistema ha senz'altro generato irregolarità⁹, sia sul versante degli ingressi, attraverso la predisposizione di canali di ingresso troppo stretti e non adeguati a rispondere alla domanda e all'offerta di lavoro, sia sul versante della permanenza, attraverso la "precarizzazione" della condizione di regolarità del soggiorno.

Sono poi individuabili anche delle costanti nel modo in cui il sistema ha reagito alla condizione di irregolarità sotto tre diversi profili:

1. non sono mai stati predisposti degli stabili meccanismi di regolarizzazione, vale a dire degli strumenti che consentissero il passaggio dalla condizione di irregolarità alla regolarità, legati, ad esempio, a indici di integrazione;
2. è stato frequente il ricorso alle sanatorie, come provvedimenti *una tantum*, ma che hanno avuto effetti relevantissimi in termini numerici. Alle sanatorie e regolarizzazioni ufficiali, devono poi aggiungersi i decreti flussi, che spesso hanno avuto la funzione non dichiarata di consentire la regolarizzazione di stranieri già stabilmente inseriti nel contesto lavorativo italiano;
3. è stato predisposto un via via più articolato sistema penale e amministrativo finalizzato al rimpatrio che contempla anche al proprio interno, come fase endoprocedimentale, la detenzione amministrativa in quelli che originariamente erano chiamati centri di permanenza temporanea e ora sono chiamati centri di identificazione ed espulsione.

Pure rappresentando anche quest'ultimo aspetto una costante, è su questo fronte che si sono registrate, col tempo, le maggiori novità, specie dal 2008 in poi, secondo un'evoluzione che ha finito per coinvolgere l'intera sfera giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante, facendo sistema e interagendo, in vista di una finalità complessiva, con altre norme pure dettate con riguardo alla situazione dello straniero irregolare.

Le linee di evoluzione possono, a tal riguardo, così sommariamente ricostruirsi.

Mentre nella legge Turco - Napolitano non esistevano fattispecie in funzione propriamente servente rispetto agli atti del procedimento di espulsione, dal momento che l'unica fattispecie penale prevista era quella che puniva lo straniero già espulso che faceva reingresso nel territorio nazionale, con la legge Bossi - Fini del 2002 si costruisce la fattispecie penale dell'art. 14, co. 5 ter, TU, che punisce la

⁹ Sul punto, v. M. Ambrosini, *Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia. Come e perché*, cit., pagg. 76 ss. L'autore riporta il sistema italiano alla categoria di "importatori riluttanti", utilizzata per definire i paesi dell'Europa meridionale, in particolare, per l'appunto l'Italia, ma anche la Spagna e la Grecia, impegnati nello sforzo di tenere insieme le due istanze contraddittorie della chiusura politica all'immigrazione e, nello stesso tempo, di una certa apertura economica nei confronti dell'immigrazione da paesi classificati come più poveri e arretrati. Secondo l'autore, a pag. 78, "la risultante della sfasatura tra restrizioni politiche alla mobilità del lavoro e domanda economica di manodopera è per l'appunto la formazione di bacini più o meno ampi di immigrazione irregolare inserita nei meandri dei sistemi economici e sociali dei paesi riceventi, anche in modo continuativo".

condotta di chi non ottempera all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale.

Questa fattispecie rappresenta il fulcro della riforma attuata dalla legge del 2002 per almeno tre ragioni:

1. con la sua introduzione, il sistema penale assume una finalità di protezione degli atti della pubblica amministrazione in materia di gestione dell'immigrazione;
2. con essa inizia la criminalizzazione, sul piano normativo, della condizione di irregolarità del soggiorno, seppure sotto la forma mediata della inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore;
3. la violazione della norma incriminatrice dà luogo necessariamente al giudizio per direttissima e all'arresto, cosicché all'interno della procedura di espulsione si innesta, e affianca alla detenzione amministrativa, una detenzione precautelare penale.

Poi, nel 2008, ferme le costanti cui si è fatto sopra riferimento, e anzi accentuati i meccanismi che producono irregolarità, il legislatore, nel pacchetto sicurezza di quell'anno, introduce l'aggravante cd. di "immigrazione clandestina". L'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, da qualunque causa sia determinata, viene considerata dal legislatore una circostanza aggravante del reato.

Il 2008 è anche cruciale, perché viene, in quell'anno, anche emanata la cd. direttiva europea rimpatri che fissa un modello di procedimento di rimpatrio, che tutti gli Stati membri sono obbligati a recepire, basato su alcuni principi, ma fondamentalmente articolato tra i due poli dell'efficienza e delle garanzie, incompatibile non solo con il procedimento amministrativo tracciato dal legislatore italiano, ma anche con la fattispecie incriminatrice dettata dall'art. 14, co. 5 ter, TU, come sarebbe stato poi sancito dalla pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011.

Questa direttiva è apparentemente ignorata dal legislatore italiano, che però, con il "pacchetto sicurezza" del 2009, persevera nella criminalizzazione della condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno dello straniero in quanto tale, prevedendo, nel TU, il reato cd. di "immigrazione clandestina" e inserendo tale fattispecie in un contesto più ampio di norme che, da un lato, consentono un ulteriore allungamento dei termini di durata massima della detenzione amministrativa, e, dall'altro, contengono ulteriori divieti e obblighi a carico dello straniero irregolare.

Poi, nel 2010, con due pronunce, la n. 249 e la n. 250, la Corte Costituzionale, per un verso, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'aggravante cd. di "immigrazione clandestina", e, per l'altro, salva dai rilievi di costituzionalità la corrispondente fattispecie incriminatrice.

Infine, nel 2011, dopo che al 31 dicembre 2010 era scaduto il termine dettato dalla direttiva rimpatri per il suo recepimento senza che il legislatore avesse dato alcuna risposta, e dopo che in Italia si era sviluppato un articolato dibattito in ordine agli effetti del mancato recepimento della direttiva, interviene la già ricordata sentenza della Corte di Giustizia europea del 28.4.2011, che impone ai giudici italiani di disapplicare norma dell'art. 14, co. 5 ter (e quater), TU imm., vale a dire il fulcro della disciplina dettata dalla legge Bossi - Fini, per incompatibilità con la direttiva rimpatri.

È solo a seguito di questa pronuncia che viene emanato il d.l. n. 89 del 2011, di attuazione della cd. direttiva rimpatri, di cui nell'ultimo paragrafo del presente

capitolo saranno tracciate le linee essenziali, per poi passare, nel capitolo II, alla valutazione dei più rilevanti problemi di compatibilità tra il nuovo TU imm., come modificato dal d.l. appena citato, e la direttiva comunitaria e di legittimità costituzionale.

1. Il sistema antecedente alla legge Turco - Napolitano tra vuoti legislativi, procedure non formalizzate e sviluppi delle politiche legislative in tema di immigrazione

Il trattamento giuridico dello straniero è il frutto di una serie di interventi legislativi succedutisi nel tempo, con frequenza sempre crescente a partire dalla fine degli anni '90, quando il fenomeno dell'immigrazione dai paesi del sud del mondo è diventato di maggiore portata.

Gli interventi legislativi succedutisi negli anni non rispondono ad una logica sempre univoca, a volte sono contraddittori, condizionati dalle maggioranze di governo, dagli obblighi internazionali, dalla normativa comunitaria e dalle numerosissime pronunce della Corte Costituzionale, ma sono accomunati da un dato formale, vale a dire dal fatto di essere stati sempre adottati in un'ottica di emergenza con una prevalenza, nel loro complesso, della visione del fenomeno dell'immigrazione come un problema soprattutto di ordine pubblico, collegato, nella retorica politica e nei conseguenti interventi legislativi, all'obiettivo di neutralizzare il pericolo che la presenza degli immigrati avrebbe potuto comportare.

La condizione giuridica dello straniero, fino alle riforme degli anni '90, è caratterizzata da una estrema lacunosità della disciplina di rango legislativo, che finiva per favorire un'ampia discrezionalità amministrativa, che si esprimeva, per lo più, sul versante normativo, in una "disciplina per circolari".

In questo contesto, la gestione del singolo caso era praticamente affidata all'autorità di polizia, dotata in materia di ampi poteri, cui corrispondeva una pressoché totale assenza di garanzie.

Le fattispecie incriminatrici, così come la disciplina dell'allontanamento dello straniero, erano contenute nelle norme dettate dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

Più precisamente, nel sistema del T.U.L.P.S., le norme incriminatrici riguardanti la condizione dello straniero soggiornante nel territorio nazionale erano:

- l'art. 142, che faceva obbligo agli stranieri di presentarsi, entro tre giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato, all'autorità di polizia "per dare contezza di sé e fare la dichiarazione di soggiorno"¹⁰; la violazione di tale obbligo integrava la contravvenzione punita dall'art. 17 T.U.L.P.S.. Si trattava, dunque, di una fattispecie incriminatrice che non aveva ad oggetto l'ingresso dello straniero in modo diretto, ma solo "in seconda battuta", in quanto cioè lo straniero non avesse, successivamente all'ingresso nel territorio nazionale, adempiuto all'obbligo previsto dall'art. 142;

10 Partendo da questa norma, e solo per prassi amministrativa, avallata dalla giurisprudenza, si era costruito l'istituto del permesso di soggiorno.

- l'art. 152, che puniva lo straniero allontanatosi dall'itinerario tracciato dal "foglio di via obbligatorio" emesso dal prefetto¹¹;

- l'art. 151, che vietava allo straniero espulso il rientro nel territorio dello Stato, se non in base ad una "speciale autorizzazione" del ministero dell'interno.

A partire dagli anni '80, si inizia ad avvertire l'esigenza di dare una regolamentazione più compiuta della condizione dello straniero, in risposta alla progressiva trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione.

Finché, con la legge n. 39 del 28 febbraio 1990, di conversione del d.l. n. 416 del 30.12.1989, la legge Martelli, viene dettata una disciplina più unitaria del fenomeno dell'immigrazione straniera, e ridisegnata la normativa sull'allontanamento dello straniero irregolarmente soggiornante.

La disciplina dettata dalla legge Martelli si caratterizza per una certa ambiguità nell'impostazione generale, derivata, da un lato, dall'ambizione di governare un processo che si intuiva di grande respiro storico e, dall'altra, dall'incapacità di emanciparsi dalla visione dell'immigrazione straniera come fenomeno di "ordine pubblico".¹²

La legge Martelli attuava una sanatoria pressoché generale della posizione degli stranieri irregolarmente soggiornanti, senza tuttavia riuscire a prevedere o attuare anche degli stabili meccanismi di regolazione dei flussi in entrata.¹³

La legge introduceva nuove tipologie di permessi di soggiorno, come quello per lavoro autonomo, per commercianti ambulanti, per turismo e per motivi di culto.

Prevedeva, poi, che la determinazione degli ingressi fosse affidata ad appositi decreti flussi interministeriali. E tuttavia, a fine del 1990, quando la legge era già stata approvata, venne deciso di non fissare quote numeriche, ma di consentire l'ingresso secondo le vecchie norme, con autorizzazione al lavoro rilasciata dopo la verifica che la figura professionale richiesta dal datore di lavoro non fosse altrimenti disponibile sul mercato italiano e "purché il datore di lavoro offra la disponibilità di un alloggio adeguato".¹⁴

Non erano, invece, poste restrizioni ai ricongiungimenti familiari.

Anche per gli anni successivi, fino al 1995, non furono poste quote per l'ingresso.

Sul fronte della previsione delle fattispecie incriminatrici, la legge attua una parziale riforma: viene conservato solo l'art. 151 del T.U.L.P.S., vale a dire la sola fattispecie incriminatrice che punisce il reingresso dello straniero espulso, mentre vengono abrogate le fattispecie incriminatrici previste dagli art. 142 e 152.

Con riguardo alle espulsioni, la legge realizza un ampliamento del novero dei reati che costituiscono presupposto per l'espulsione quale misura di sicurezza, introduce, poi, una nuova ipotesi di espulsione amministrativa facoltativa, il cui presupposto coincide con le categorie previste dall'art. 1 della l. n. 1423 del 1956, infine prevede

11 L'art. 152, co. 3, T.U.L.P.S. prevedeva "gli stranieri muniti di foglio di via obbligatorio non possono allontanarsi dall'itinerario ad essi tracciato. Qualora se ne allontanino sono arrestati e punito con l'arresto da uno a sei mesi". Il quarto comma prevedeva, poi, che essi "scontata la pena, sono tradotti alla frontiera".

12 V. A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2006.

13 V. L. Einaudi, *le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, cit., secondo il, quale, a pag. 168, "la sanatoria varata da Martelli non ebbe paura del suo nome e fu l'ultima a non essere spacciata per qualcos'altro".

14 Decreto del ministro degli Affari esteri, 17 novembre 1990, *Limitazione dei flussi programmatici dei cittadini extracomunitari per l'anno 1991*.

una figura di espulsione amministrativa, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, attribuita alla competenza del Ministro dell'Interno.

Era poi prevista l'espulsione per coloro che avevano violato le disposizioni in materia di ingresso o soggiorno.

L'esecuzione dell'espulsione avveniva, secondo la legge, di regola, con intimazione del questore ad abbandonare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. L'accompagnamento coattivo alla frontiera era previsto solo con riferimento alle decisioni straordinarie del ministro dell'interno, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, o nel caso di inottemperanza all'intimazione; a salvaguardia delle esigenze di controllo dello straniero destinatario dell'intimazione era prevista la possibilità di sottoporlo a sorveglianza speciale.

Per altro verso, la disciplina dettata dalla legge Martelli si distingue per alcuni progressi sul terreno delle garanzie riconosciute agli stranieri destinatari del provvedimento di espulsione, che si traducevano, soprattutto, nella previsione generale dell'obbligo di motivazione e dell'indicazione dei modi di impugnazione in tutti i provvedimenti negativi, e nella previsione, per tutte le forme di espulsione, dell'efficacia sospensiva *ope legis* della presentazione del ricorso.

Nel suo complesso, la normativa dettata dalla legge Martelli si mostra però inadeguata ad assicurare l'effettività delle espulsioni.¹⁵

Gli interventi normativi successivi sono improntati, anche sulla scorta dell'esperienza maturata a seguito della legge Martelli, ad una proliferazione delle figure di espulsione e, al contempo, ad un maggiore rigore sul versante dell'effettiva attuazione degli allontanamenti.

Il primo intervento legislativo rilevante sul fronte della disciplina dell'immigrazione straniera, successivo alla legge Martelli, è il d.l. 14 giugno 1993, n. 187, il decreto Conso, in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini extracomunitari.

Con esso vengono introdotte due fattispecie incriminatrici. La prima puniva le condotte dello straniero che "distrugge il passaporto o documento equipollente per sottrarsi all'esecuzione del provvedimento di espulsione" e che "non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente" (art. 7 bis), mentre la seconda era costruita sulla criminalizzazione dell'inottemperanza ad un obbligo di collaborazione imposto all'espellendo e fu presto dichiarata incostituzionale per contrasto con il principio di tassatività.

Sul versante delle espulsioni, il decreto introduce una nuova forma di allontanamento a richiesta, da parte dello straniero sottoposto a misura cautelare per delitti diversi da quelli indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a), nn. da 1 a 6 del codice di procedura penale, ovvero condannato ad una pena non superiore a tre anni.

Poi, nel 1995, viene adottato, sull'onda dell'ennesima "emergenza immigrazione", il d.l. n. 489 del 1995, il decreto Dini.

Il decreto viene anticipato, sempre nell'anno 1995, dall'emanazione di un decreto flussi, il primo con quote numeriche, limitate a 25.000 lavoratori, non contenente, invece, limitazioni con riguardo ai ricongiungimenti familiari.

15 Per i dati relativi alle espulsioni eseguite negli anni '90 in Italia, v. F. Pastore, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Einaudi Torino, 1998, pag. 1075.

Il decreto Dini, su un piano generale, realizza una regolarizzazione per gli stranieri, basata sulla dimostrazione, da parte dell'immigrato, di avere un rapporto di lavoro da almeno quattro mesi, o sulla manifestazione di disponibilità all'assunzione *ex novo* da parte del datore di lavoro, accompagnata dal pagamento anticipato di sei mesi di contributi, e inoltre contiene delle norme sulla programmazione dei flussi, che prevedevano che delle commissioni regionali per l'impiego avrebbero formulato le previsioni sui fabbisogni di manodopera, in collaborazione con i datori di lavoro e i sindacati.

Sotto il profilo delle espulsioni, il decreto introduce, accanto alle fattispecie di allontanamento già previste (espulsione amministrativa per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, misura di sicurezza ed espulsione a richiesta di parte) una nuova figura di espulsione quale misura di prevenzione, disposta dal pretore, su richiesta del pubblico ministero, all'esito del procedimento in camera di consiglio ex art. 666 del codice di procedura penale.

Per garantire l'esecuzione del provvedimento di espulsione, il decreto Dini, per i casi in cui risultasse necessario procedere ad accertamenti sull'identità della persona da espellere o all'acquisizione di documenti o visti, ovvero sussistesse il pericolo di fuga, prevede l'applicabilità, da parte dell'autorità giudiziaria, della misura cautelare dell'obbligo di dimora.

Attraverso il richiamo all'art. 283, co. 4, del codice di procedura penale, in virtù del quale il provvedimento applicativo dell'obbligo di dimora poteva contenere la prescrizione al soggetto da espellere "di non allontanarsi dall'edificio o struttura indicati nel provvedimento e scelti tra quelli individuati con uno o più decreto del Ministero dell'Interno[...]", facevano così, per la prima volta, apparizione nell'ordinamento italiano i centri temporanei di detenzione, che sarebbero stati poi introdotti dalla legge Turco - Napolitano.

2. Un tentativo di disegno organico della disciplina dell'immigrazione in Italia: la legge Turco - Napolitano

La legge Turco - Napolitano (legge 6 marzo 1998, n. 40, poi confluita nel testo unico di cui al D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) contiene la prima disciplina organica del fenomeno dell'immigrazione straniera in Italia.

Essa si caratterizza, per quanto riguarda i profili che maggiormente interessano nell'economia del discorso, innanzitutto, sul versante della disciplina degli ingressi, per la costruzione del cd. sistema delle quote, vale a dire un "meccanismo di regolazione degli ingressi per motivi di lavoro che ha come fine principale quello di modulare i flussi migratori in rapporto ad un bilanciamento di interessi, i cui fattori in gioco sono il fabbisogno di mano d'opera, le entrate contributive, i costi sotto il profilo socio - assistenziale ed il controllo, complessivamente inteso, sui fenomeni connessi ai movimenti migratori"¹⁶.

L'istituto principale che, nell'impianto della normativa, consentiva l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro, era, nell'ambito delle quote di ingresso determinate dal documento programmatico del governo, quello della chiamata nominativa del

16 V. P. Morozzo Della Rocca, P. Cogniti, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2005, pag. 109.

datore di lavoro, anche tramite apposite liste di collocamento predisposte in base alle intese o accordi di regolamentazione dei flussi.

Si trattava di un meccanismo astratto e farraginoso, che ebbe un'efficacia assai limitata, pure essendo affiancato da altri istituti, quali la prestazione di garanzia (il cd. sponsor) e il ricongiungimento familiare, che potevano invece assicurare il dispiegarsi della cd. catena migratoria, vale a dire del richiamo esercitato sui loro connazionali dagli stranieri già presenti in Italia.

Il TU si caratterizza, anche, nel suo complesso, per importanti innovazioni e la sistematizzazione dei diritti sociali in capo ai migranti regolari, cui è dedicato l'intero titolo V, ma non riesce ad emanciparsi e, anzi, fa propria la logica dell'immigrato "ospite in prova perpetua", in virtù della quale, da un lato, è molto facile e frequente che l'immigrato possa passare dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità del soggiorno, come avviene nel caso in cui non abbia, al momento del rinnovo del permesso di soggiorno, "mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno", e, dall'altro, non sono previsti (aldilà della possibilità di sanatoria) meccanismi di regolarizzazione permanente degli ingressi e dei soggiorni irregolari, basati ad esempio sulla durata del soggiorno e su indici di integrazione, che avrebbero al contempo favorito comportamenti "virtuosi" da parte dello straniero irregolarmente soggiornante.

Si tratta, dunque, di una normativa impostata, formalmente, sulla logica binaria dell'integrazione nei confronti dell'immigrato regolarmente soggiornante e del rigore del trattamento nei confronti degli immigrati irregolari.

Allo stesso tempo, alla resa dei conti, può dirsi che sia stata una normativa che ha prodotto irregolarità, dal momento che, da un lato, la disciplina degli ingressi, basata sostanzialmente sull'incontro individuale tra domanda e offerta di lavoro, non si è rivelata adeguata a gestire in termini effettivi i flussi migratori, dall'altro, la disciplina del soggiorno ha favorito il passaggio dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità, impedendo al contempo il passaggio inverso, pure in presenza di una effettiva integrazione dell'immigrato irregolarmente soggiornante.

La legge contemplava anche una ulteriore sanatoria per gli immigrati irregolari, prevedendo che nella programmazione dei flussi per il 1998 e il 1999 sarebbero stati emanati ulteriori decreti flussi al fine di assorbire quote di stranieri da regolarizzare. Gli immigrati in cerca di regolarizzazione avrebbero dovuto dare prova di "avere un rapporto di lavoro in corso ovvero un formale impegno di assunzione, comprovati entrambi dall'assenso del datore di lavoro". Fu anche previsto, per un numero limitato di casi, il rilascio di permessi di soggiorno di un anno per ricerca di lavoro, con la garanzia da parte di terzi.¹⁷

Occorre anche ricordare, che, negli anni dal 1998 al 2001, furono effettivamente fissati, attraverso i decreti flussi, i limiti numerici, ma con tetti massimi di ingresso

¹⁷ Si riporta il giudizio sulla regolarizzazione espresso da L. Einaudi, *le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, cit. pagg. 246 e 247: "la regolarizzazione fornì alcuni esempi di come uno strumento efficace e necessario possa però contribuire ad acuire un problema. La regolarizzazione si mostrò per l'ennesima volta l'unico strumento capace di dare regolarità ai lavoratori stranieri che non riuscivano a entrare in presenza di una gestione delle quote troppo restrittiva e di un mercato del lavoro per stranieri troppo segnato dalla domanda di lavoratori in nero. Tuttavia attivò anche in questo caso dei flussi migratori supplementari, alimentando gli ingressi irregolari [...]".

molto bassi, inadeguati a disciplinare il fenomeno migratorio e non corrispondenti all'effettivo fabbisogno interno di manodopera.

Sul versante dei reati legati all'immigrazione irregolare, il TU imm. ripropone, nella sostanza, l'assetto contenuto nella legge Martelli, abrogando però l'art. 151 T.U.L.P.S., vale a dire la fattispecie che vietava allo straniero espulso il rientro nel territorio dello Stato, se non in base ad una "speciale autorizzazione" del ministero dell'interno, e sostituendolo con l'analoga fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 13, co. 13, che prevedeva la pena dell'arresto da due mesi a sei mesi ed una nuova espulsione con accompagnamento immediato per lo straniero già espulso che avesse fatto rientro nello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno.

All'art. 13, il TU introduce una disciplina unitaria delle espulsioni dello straniero.

L'art. 13, co. 1, TU contempla l'espulsione dello straniero da parte del ministro dell'interno "per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato".

Al co. 2 dello stesso articolo vengono poi previsti tre casi di espulsione ordinata dal prefetto.

Alla lettera c) del comma appena citato viene prevista l'espulsione dello straniero regolarmente soggiornante, ma pericoloso, appartenente, cioè, a taluna delle categorie indicate nell'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o nell'art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

L'espulsione in ragione dell'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno in quanto tale è invece disciplinata dall'art. 13, co. 2, lett. a) e b).

In ogni caso, il TU prevede che l'espulsione sia disposta, ai sensi del co. 3 dell'art. 13, con decreto motivato, ricorribile dinanzi all'autorità giudiziaria.

Per eseguire l'espulsione, ai sensi dello stesso co. 3, nel caso in cui lo straniero fosse sottoposto a procedimento penale, era prevista la necessità del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria precedente, che doveva essere rilasciato salvo che sussistessero "inderogabili esigenze processuali".

Per quanto riguarda in particolare l'espulsione prefettizia in ragione dell'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno in quanto tale, essa è, nell'impianto della normativa, ordinata dal prefetto e contro di essa era proponibile ricorso al pretore.

Tale espulsione, di regola, non era eseguita mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, che invece era contemplato per le altre ipotesi di espulsione, e conteneva l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni e ad osservare le prescrizioni per il viaggio e per la presentazione all'ufficio di polizia di frontiera.

L'accompagnamento coattivo alla frontiera era invece previsto, nelle ipotesi di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno in quanto tali, solo nel caso in cui il destinatario del provvedimento di espulsione non avesse ottemperato all'intimazione a lasciare il territorio nazionale.

Lo straniero espulso che trasgrediva al divieto di fare reingresso nel territorio nazionale, commetteva, per l'appunto, il reato di cui all'art. 13, co. 13, TU.

All'art. 14, la legge in commento introduce l'istituto del trattenimento dello straniero presso il centro di permanenza temporanea e assistenza (CPT), che poteva essere disposto nei casi in cui non fosse stato possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, per la necessità di procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari

in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo.

Il trattenimento veniva disposto dal questore, con provvedimento motivato.

Esso, ai sensi del co. 4 dell'art. 14 TU era oggetto di convalida da parte del pretore, che procedeva nei modi di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c., sentito l'interessato. Il provvedimento cessava di avere ogni effetto qualora non fosse stato convalidato nelle quarantotto ore successive.

Il trattenimento poteva durare per il tempo strettamente necessario ad eseguire l'allontanamento dello straniero ed in ogni caso non poteva superare, ai sensi del co. 5, i venti giorni, successivamente prorogabili di altri dieci, con provvedimento del pretore, qualora fosse stata "imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento".

Contro i decreti di convalida e di proroga del trattenimento la legge prevedeva la proponibilità del ricorso per cassazione, che non aveva, però, effetto sospensivo dell'esecuzione della misura.

3. Le fattispecie penali collegate alla condizione di irregolarità e le modifiche al procedimento di espulsione: la legge Bossi-Fini e la l. n. 271 del 2004

La legge Bossi - Fini (legge 30 luglio 2002, n. 189) contiene importanti modifiche, sia con riguardo agli ingressi e al soggiorno degli stranieri, sia con riguardo alle espulsioni ed ai reati a queste collegati.

Sotto il primo profilo, la legge si caratterizza per un drastico irrigidimento della disciplina degli ingressi. Innanzitutto, viene abrogata la norma sulla reiterazione automatica, in caso di mancata emissione dei decreti di programmazione annuale dei flussi, delle quote di ingresso previste per l'anno precedente. In secondo luogo, viene cancellato il meccanismo della sponsorizzazione. Infine, viene notevolmente ridimensionato il diritto al ricongiungimento familiare.

La disciplina del soggiorno viene riformata nel senso di una riduzione del periodo minimo di iscrizione nelle liste di collocamento concesso al lavoratore straniero che aveva perso il posto di lavoro per trovarne uno nuovo. Viene poi introdotto, all'art. 5 bis del TU, il "contratto di soggiorno per lavoro subordinato", quale requisito essenziale per il conseguimento e la conservazione del permesso di soggiorno.

Allo stesso tempo, la legge Bossi - Fini prevede una prima regolarizzazione relativa essenzialmente a colf e badanti, mentre una seconda regolarizzazione viene, poco dopo, attuata, per le altre categorie professionali, dal d.l. n. 195 del 9 settembre 2002.

Si realizza, con ciò, una regolarizzazione senza precedenti, quanto a dimensioni numeriche, che portò nella legalità 646.000 stranieri.

Anche la normativa dettata dalla legge Bossi - Fini, tuttavia, nella misura in cui opera un restringimento delle condizioni per l'ingresso legale, e, allo stesso tempo, riduce i margini di possibilità di rinnovo del permesso di soggiorno, finisce per avere l'effetto di produrre irregolarità.¹⁸

¹⁸ Si riporta il giudizio sulle politiche attuate dal centrodestra in Italia dal 2001 al 2006 espresso da L. Einaudi, *le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, cit., a pag. 307: "[...] il centrodestra burocratizzò le procedure con un aumento dei controlli puramente formali e mantenne a

Sul versante del trattamento penale legato alla condizione di irregolarità del soggiorno e delle espulsioni, pure si registrano novità significative nella direzione, formalmente perseguita, di ricercare una effettività delle espulsioni degli stranieri irregolarmente soggiornanti.

In quest'ottica, viene costruito un sistema penal - amministrativo, in cui le fattispecie incriminatrici vengono rese funzionali al sistema di gestione amministrativa dello straniero irregolarmente soggiornante.

Ciò si realizza, per quello che qui interessa, e limitando il discorso ai punti essenziali, attraverso una riscrittura degli artt. 13 e 14 del TU.

Per effetto della riscrittura del co. 3 dell'art. 13, TU, ogni forma di espulsione, e dunque anche le espulsioni disposte dal prefetto in ragione esclusivamente dell'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, viene resa immediatamente esecutiva.

Per l'esecuzione dell'espulsione è pur sempre necessario il nulla osta dell'autorità giudiziaria competente, nel caso di straniero sottoposto a procedimento penale, ma questa può negarlo, ai sensi del riformato co. 3, solo "in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa".

L'esecuzione immediata dell'espulsione mediante provvedimento di accompagnamento alla frontiera diviene dunque la regola anche per le espulsioni prefettizie emesse in ragione dell'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, tranne nel caso di scadenza del permesso di soggiorno, caso in cui l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni.

La competenza in ordine al ricorso avverso il provvedimento passa, ai sensi del co. 8 dell'art. 13, dal pretore al tribunale in composizione monocratica.

Vengono poi elevati i limiti minimo e massimo di pena previsti per il reato di cui all'art. 13, co. 13, TU, vale a dire del reato di reingresso nel territorio nazionale dello straniero espulso, che però rimane un reato contravvenzionale.

Viene inoltre introdotta l'analoga fattispecie incriminatrice di cui all'art. 13, co. 13 bis, TU, riferita al caso di trasgressione dell'espulsione disposta dall'autorità giudiziaria. Diversamente da quella di cui al comma precedente, si tratta di un delitto.

Per entrambe le fattispecie, viene previsto, all'art. 13, co. 13 ter, TU, l'arresto obbligatorio in flagranza dell'autore del fatto e il rito direttissimo.

Per effetto della riscrittura dell'art. 14 TU imm. viene poi allungato il periodo massimo di trattenimento presso il CPT (trenta giorni, per effetto della convalida del giudice del provvedimento di trattenimento emesso dal questore, prorogabili di ulteriori trenta giorni, qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità, ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà).

Viene inoltre introdotto nel sistema della gestione dell'immigrazione irregolare, attraverso l'aggiunta del co. 5 bis dell'art. 14 TU, l'istituto dell'ordine di allontanamento emesso dal questore, nel caso in cui sia scaduto il termine massimo di permanenza presso il centro di permanenza temporanea e assistenza, ovvero non sia stato possibile disporre il trattenimento.

lungo quote di migrazione lavorativa legale assolutamente sottodimensionate, contribuendo a ricostituire il serbatoio di irregolari e clandestini svuotato con le regolarizzazioni del 2002".

Come effetto e a protezione di tale provvedimento emesso dal questore, viene introdotta la fattispecie penale incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU, che punisce, con l'arresto da sei mesi ad un anno, lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del co. 5-bis.

La stessa norma prevede che in caso di trasgressione dell'ordine del questore si proceda a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Viene poi introdotta la fattispecie penale incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 quater, che punisce lo straniero espulso ai sensi del co. 5 ter che venga trovato nel territorio dello Stato, punita con la reclusione da uno a quattro anni.

Anche per questi due reati vengono infine previsti l'arresto obbligatorio e il rito direttissimo.

In sintesi, i punti maggiormente significativi della riforma del 2002 possono enuclearsi sul versante dell'esecuzione del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto. La regola diviene quella dell'esecuzione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, viene allo stesso tempo allungato il periodo massimo di trattenimento in un CIE e viene previsto un ulteriore strumento nel caso in cui l'esecuzione dell'espulsione non abbia potuto avere luogo, vale a dire l'ordine di allontanamento emesso dal questore. Per assicurare l'ottemperanza a quest'ordine, viene costruita la nuova fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 14, co. 5 ter, che rappresenterà uno dei fulcri e dei punti più controversi del sistema penale costruito attorno all'irregolarità. È con l'introduzione di tale fattispecie che il sistema penale viene concepito e costruito in funzione servente rispetto agli atti amministrativi della procedura di rimpatrio ed è attraverso di essa che viene reso possibile l'arresto dello straniero irregolare quando sia inottemperante all'ordine di allontanamento emesso dal questore.

L'interpretazione della norma è stato uno dei punti sui quali più significativo è stato il lavoro della giurisprudenza, specie con riguardo alla clausola di non punibilità, prevista dalla stessa fattispecie incriminatrice, del "giustificato motivo".

Almeno a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 2004¹⁹, la giurisprudenza, di merito e di legittimità, senza mai finire per comprendere nella clausola del "giustificato motivo" l'intera categoria del cd. migrante economico, ha tuttavia riconosciuto la sua presenza in una serie di situazioni proprie e tipiche e, nella pratica, di frequente sussistenti, dello straniero irregolarmente soggiornante nel territorio nazionale.

Si è così assistito negli anni ad una giurisprudenza che, seguendo le indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale, secondo la quale "la formula "senza giustificato

19 Sentenza con la quale sono state dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-ter, del TU imm., aggiunto dall'art. 13, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifiche alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 25, 27 e 97 della Costituzione. In essa, la Consulta ha riferito la clausola del "giustificato motivo" a "situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa", come quando "l'inadempienza all'ordine di allontanamento emesso dal questore dipenda dalla condizione di assoluta impossidenza dello straniero, che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera e di acquistare il biglietto di viaggio; o dipenda dal mancato rilascio, da parte della competente autorità diplomatica o consolare, dei documenti necessari, pure sollecitamente e diligentemente richiesti".

motivo” riduce notevolmente, in fatto, l’ambito applicativo della fattispecie incriminatrice”, ha ritenuto configurabile la suddetta clausola in una serie di ipotesi, pur sempre riconducibili alla categoria dell’inesigibilità in concreto della condotta positiva dell’allontanamento dal territorio nazionale dello straniero destinatario del provvedimento di espulsione, come nel caso dello straniero espulso ritenuto in stato di assoluta impossidenza, privo perciò dei mezzi necessari per l’acquisto del titolo di viaggio,²⁰ oppure nel caso di mancanza di un documento valido per l’espatrio, ma solo quando “quando lo straniero stesso riesca a provare di essersi attivato per ottenere un documento sostitutivo”²¹, oppure nel caso di sussistenza del rischio grave di persecuzione nel Paese d’origine²² e nel caso in cui lo straniero espulso “sia stato riconosciuto ammissibile alla protezione sussidiaria prevista dal D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251, in materia di attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale”.²³

È però significativo, anche per decifrare le linee del sistema delle espulsioni, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione abbia ritenuto che non integri il “giustificato motivo” la partecipazione dell’espellendo al giudizio dinanzi al giudice di pace instaurato con ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione²⁴, né, per quanto riguarda la tutela dei legami familiari dello straniero espulso, la convivenza “more uxorio” con cittadino italiano²⁵ o la necessità di provvedere alle esigenze di vita dei genitori indigenti, “trattandosi di una situazione che non rende pericoloso o molto difficoltoso o inesigibile l’adempimento imposto dal precetto normativo”²⁶, né, infine, “una situazione di tensione politico-militare che interessi parti circoscritte del territorio del Paese di origine”.²⁷

20 Tra le numerose sentenze di merito, una delle prime è la sent. 27 marzo 2004, n. 246, del Trib. Rovigo, in cui il giudizio in ordine all’impossidenza era stato formulato sulla base di una serie di risultanze processuali, quali le dichiarazioni rese dai verbalizzanti in sede di udienza di convalida, il fatto che l’imputato non fosse stato trovato in possesso di denaro neanche in occasione di precedenti controlli e la circostanza che non avesse occupazione lavorativa. Tra le sentenze della Corte di Cassazione, una delle maggiormente significative, in merito, con riguardo soprattutto al tipo di indagine che il giudice di merito deve compiere per pervenire all’accertamento dell’ “assoluta impossidenza” dello straniero espulso, occorre citare quella della Sez. 1, sent. n. 25640 del 07/04/2006, a tenore della quale “la prova della assoluta impossidenza, necessaria ai fini dell’integrazione del giustificato motivo, non può essere fondata sulla mancanza di documenti di identità o di una stabile dimora o di una certa attività lavorativa, se non accompagnata da accertamenti in ordine alle relazioni e disponibilità familiari, al tempo trascorso in Italia, al grado di inserimento nella realtà socio - economica del Paese, agli eventuali precedenti penali da cui desumere una capacità reddituale non necessariamente lecita, al costo del viaggio in relazione alla capacità economica del soggetto”. Coerentemente con questa impostazione, la Corte di Cassazione ha anche precisato che non è sufficiente a configurare l’esimente “la considerazione del mero disagio economico” (v. Cass., Sez. 1, sent. n. 42384 del 06/12/2006).

21 V., tal riguardo, Cass., Sez. I, sent. n. 9754 del 18/02/2010.

22 Per il riconoscimento del principio, seppure con dei limiti v. Cass., Sez. 1, Sent. n. 2907 del 23/11/2007, a tenore della quale l’esimente “nel caso in cui l’imputato allegghi l’esistenza del rischio grave di persecuzione nel proprio paese in ragione della propria omosessualità, può ritenersi dimostrata esclusivamente laddove venga accertato che il medesimo soggetto sia cittadino di uno Stato nel quale sia penalmente sanzionata l’omosessualità come pratica personale, e non soltanto la manifestazione esteriore di impudicizia sessuale.”

23 V., tal riguardo, Cass., Sez. I, sent. n. 22088 del 16/03/2011.

24 V., tal riguardo, Cass., Sez. I, sent. n. 11304 del 26/02/2008.

25 V., tal riguardo, Cass., Sez. I, sent. n. 3599 del 04/12/2008.

26 V., tal riguardo, Cass., Sez. I, sent. n. 37486 del 15/07/2009.

27 V., tal riguardo, Cass., Sez. I, sent. n. 1416 del 24/11/2009.

Un altro punto del dibattito giurisprudenziale sorto attorno alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 ter TU imm., di cui, nell'economia del discorso, è utile riferire è quello che ha riguardato l'onere di motivazione dell'ordine di allontanamento gravante sul questore.

La giurisprudenza si è sostanzialmente divisa attorno a un orientamento più rigoroso²⁸, che richiedeva, in ogni caso, un'autonoma motivazione dell'ordine di allontanamento, sulla base della considerazione che esso non fosse sovrapponibile al provvedimento prefettizio di espulsione, e uno che escludeva che l'ordine di allontanamento dovesse esplicitare le specifiche ragioni della mancata adozione delle diverse modalità esecutive del provvedimento di espulsione, rappresentando, per l'interessato, la modalità meno gravosa e maggiormente rispettosa del diritto di libertà personale di esecuzione del provvedimento di espulsione.²⁹ Con gli anni, peraltro, il primo orientamento si è consolidato.³⁰

L'impianto del sistema delle espulsioni e dei reati collegati rimane, nella sostanza, invariato³¹, pure se vengono introdotte importanti novità dal decreto legge 14 settembre 2004, n. 241, coordinato con la legge di conversione 12 novembre 2004, n. 271, che riformano, in parte, gli artt.13 e 14 del TU, secondo i seguenti punti essenziali.

Viene innanzitutto riscritto il co. 5 bis dell'art. 13 TU e così prevista una nuova regolamentazione del giudizio di convalida del provvedimento emesso dal questore di accompagnamento coattivo alla frontiera.

Viene previsto che il questore debba comunicare immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera e che l'esecuzione di tale provvedimento sia sospesa fino alla decisione sulla convalida.

Viene poi disciplinata l'udienza di convalida del provvedimento, che si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. Anche l'interessato è tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. È poi previsto che il giudice provveda alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, sentito l'interessato, se comparso.

28 V., per tutte, Cass., Sez. I, sent. n. 42555 del 09/11/2005 in cui si afferma che il reato di ingiustificato trattenimento di uno straniero nel territorio dello Stato non si configura in assenza di un'adeguata motivazione dell'ordine impartito dal questore ed il controllo sulla motivazione compete al giudice del procedimento per inottemperanza all'ordine stesso.

29 V., per tutte, Cass., Sez. I, sent. n. 27429 del 09/06/2005.

30 V., in particolare, Cass., Sez. I, sent. n. n. 22752 del 13/05/2009, in cui si afferma chiaramente che l'ordine del questore di allontanamento dello straniero clandestino dal territorio dello Stato deve essere motivato con riguardo sia alla impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione che di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea.

31 Per un giudizio sui due interventi normativi, v. A. Caputo, Diritto e procedura penale dell'immigrazione, cit., secondo il quale, a pag. 172 "il quadro normativo in tema di espulsioni dello straniero formatosi dopo le novelle del 2002 e del 2004 assume il volto di un sottosistema *penal* – *amministrativo* nel quale non solo i confini tra i diversi istituti diventano sfumati[...], ma i principi e gli scopi dell'ordinamento penale – del diritto e della procedura penale – vengono piegati, *asserviti*, all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento dello straniero irregolare, ossia, secondo i canoni del *sicuritarismo*, del *nemico* della società."

In attesa della definizione del procedimento di convalida, la nuova normativa prevede che lo straniero espulso sia trattenuto in un CPT.

Mediante la riscrittura del co. 8 dell'art. 13 TU imm., viene poi previsto il trasferimento della competenza sul ricorso avverso il provvedimento di espulsione emesso dal prefetto, dal giudice monocratico al giudice di pace.

La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 13, co. 5 ter, TU, vale a dire il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, da fattispecie contravvenzionale, in precedenza punita con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, viene trasformata in delitto, punito con la reclusione da uno a quattro anni.

Il legislatore procede anche alla riscrittura della condotta contemplata dalla fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 13, co. 5 quater, TU, nella direzione di punire lo straniero che "già denunciato per il reato di cui al co. 13 ed espulso, abbia fatto reingresso sul territorio nazionale".

Viene infine disposto, attraverso una riscrittura dell'art. 14 TU, il trasferimento della competenza in ordine al giudizio di convalida del provvedimento del questore di trattenimento dal giudice monocratico al giudice di pace, e riformato il relativo procedimento, a cui viene data una forma analoga a quella che prevista per il giudizio di convalida del provvedimento del questore che dispone l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

In sintesi, può dirsi, per quanto interessa maggiormente nell'economia del discorso, che, con la riforma attuata nel 2004, il legislatore privilegia fortemente il ruolo del giudice di pace, a scapito di quello del giudice ordinario.

Al giudice di pace viene infatti affidata la competenza sia in ordine al ricorso presentato dall'interessato avverso il decreto di espulsione emesso dal prefetto, sia in ordine alla convalida del decreto del questore di accompagnamento coattivo alla frontiera, sia la competenza in ordine alla convalida del decreto del questore di trattenimento nei centri di permanenza temporanea.

Peraltro, va anche sottolineato che, sia la norma che regola la convalida giurisdizionale del provvedimento del questore di accompagnamento coattivo alla frontiera, che quella che trasforma il reato di cui all'art. 13, co. 5 ter, TU, da fattispecie contravvenzionale in delitto, si erano rese necessarie per effetto di due importanti pronunce della Corte Costituzionale, la sentenza n. 222 del 2004, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 5-bis del TU imm., introdotto dall'art. 2 del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51 nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida dovesse svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa; e la sentenza n. 223 del 2004, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5 quinquies del TU imm., inserito dal co. 1 dell'art. 13 della legge 30 luglio 2002, n. 189, nella parte in cui stabiliva, per il reato previsto dal co. 5-ter del medesimo art. 14, l'arresto obbligatorio dell'autore del fatto.

4. Il "pacchetto sicurezza" del 2008 e l'aggravante cd. di "immigrazione clandestina"

La l. 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del decreto legge n. 92 dello stesso anno, introduce l'aggravante cd. di "immigrazione clandestina", mediante

un'integrazione apportata all'art. 61 codice penale, cui viene aggiunto il numero «11-bis. Se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale».³²

L'introduzione dell'aggravante non è tanto rilevante sotto il profilo del diritto positivo, dal momento che essa è stata ritenuta costituzionalmente illegittima con la sentenza della C. Cost. n. 249 del 2010, quanto, nell'economia del discorso, per decifrare le linee della politica italiana con riguardo al fenomeno dell'immigrazione.

Nella stessa legge viene prevista, con l'introduzione del co. 5 bis dell'art. 12 TU imm., una nuova fattispecie di reato che punisce chi, al fine di trarre ingiusto profitto, dia alloggio o ceda, anche in locazione, un alloggio, a titolo oneroso, allo straniero irregolarmente soggiornante.

In ordine a tali norme, occorre, in questa sede, sinteticamente rilevare, innanzitutto, che si tratta di modifiche, anche rilevanti, riguardanti la condizione dell'immigrato irregolarmente soggiornante che vengono introdotte in un testo, quale quello del "pacchetto sicurezza", emanato in un'ottica emergenziale e con la proclamata finalità di affrontare alcune questioni di ordine pubblico.

In secondo luogo, pare significativo, nel senso di una ulteriore marginalizzazione del migrante irregolare, che, nello stesso contesto in cui il legislatore decide di introdurre l'aggravante dell'immigrazione clandestina, decida, al contempo, di introdurre un reato a carico di chi nella sostanza agevoli la permanenza nel territorio nazionale dello straniero irregolarmente soggiornante, fornendogli alloggio.

In effetti, a tal proposito, occorre già in questa sede sottolineare che anche la nuova norma dettata dall'art. 12, co. 5 bis TU imm., pare dettata con l'intenzione di ridurre ulteriormente gli spazi di manovra in una dimensione legale dello straniero illegalmente soggiornante, così marginalizzandolo ulteriormente.

Come è stato notato da alcuni commentatori³³, è certo, ed emerge anche dai lavori preparatori, che il legislatore abbia voluto escludere dalla sfera della fattispecie incriminatrice, attraverso la limitazione della punibilità alle sole condotte "a titolo oneroso", i "datori di lavoro" assistiti dalle badanti extracomunitarie e che offrano loro gratuitamente l'alloggio.

Occorre anche sottolineare, per il rilievo che ha ai fini dell'economia del discorso, che pare corretto interpretare la formula adottata dal legislatore "al fine di trarre ingiusto profitto", nel senso che non sia richiesto, sulla base del tenore letterale della norma, per integrare l'elemento soggettivo del reato, un dolo di sfruttamento della condizione di clandestinità (ciò che renderebbe lo straniero extracomunitario non solo "oggetto"³⁴ della fattispecie incriminatrice, ma anche persona offesa) né che sia d'altro canto possibile ricavare l'ingiustizia del profitto dal fatto stesso della condizione di irregolarità; e che invece il profitto, per essere ingiusto, come affermato dalla giurisprudenza anche con riguardo all'analoga fattispecie

32 Per un'analisi della struttura dell'aggravante, nonché delle questioni di costituzionalità della norma, v., per tutti, A. De Donno, *La circostanza aggravante della clandestinità*, in S. Centonze, a cura di, *Diritto penale dell'immigrazione, Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010, pagg. 105 – 129.

33 V., per tutti, M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/ 2009, pagg. 101-133.

34 Ivi, pagg. 105 -113.

incriminatrice prevista dall'art. 12, co. 5, TU imm., postulerebbe “un qualche squilibrio nel sinallagma contrattuale in danno dello straniero”.³⁵

5. La politica di rimpatrio dell'Unione Europea: la direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri)

La direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, reca norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, è stata pubblicata in G.U. del 24.12.2008, ed è in vigore dal 13 gennaio 2009.

La direttiva richiama in premessa, nei primi tre "considerando", il contesto normativo europeo di riferimento: il Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, in tema di approccio coerente in materia di migrazione e asilo e politica comune per l'immigrazione legale, nonché di lotta contro l'immigrazione clandestina; il Consiglio Europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, in tema di norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità; i "Venti orientamenti sul rimpatrio forzato", adottati il 4 maggio 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM(2005)40, in adesione alle conclusioni dei Consigli prima indicati).

Poi, nei “considerando” nn. 4 e 6, la direttiva esplicita le finalità che la ispirano, tra i due poli dell'esigenza di garantire l'effettività dei rimpatri e di assicurare la previsione di “una procedura equa e trasparente”.

In particolare, ai sensi del “considerando” n. 6, le decisioni di rimpatrio dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare.

35 V., *ex plurimis*, con riferimento al reato di cui all'art. 12, co. 5, D.lvo n. 286 del 1998, Cass., sez. I, 28 novembre 2003, n. 46070, e Cass., sez. I, 28 novembre 2003, n. 46066; con specifico riguardo alla nuova fattispecie incriminatrice dell'art. 12, co. 5 bis, D.lvo n. 286 del 1998, v. Cass., sez. I, 10 novembre 2009, n. 46914, a tenore della quale “per la sussistenza del reato previsto dall'art. 12, comma quinto bis, D.Lgs. n. 286 del 1998 (t.u. della disciplina dell'immigrazione), come novellato del D.L. n. 92 del 2008 conv. con modd. dalla L. n. 125 del 2008, è richiesto il fine di trarre un ingiusto profitto dalla locazione ovvero dal dare alloggio ad uno straniero privo di titolo di soggiorno, che può essere desunto da condizioni contrattuali comunque gravose rispetto ai valori di mercato.” Invero, alcune sentenze della Corte di Cassazione parlano esplicitamente di un dolo di sfruttamento dell'immigrazione irregolare. Tra queste, basta citare, Cass., sez. I, 7 aprile 2009, n. 19171 del 07/04/2009, che fa espresso richiamo al concetto di sfruttamento (il dolo specifico, costituito dal fine di trarre un ingiusto profitto, si realizza allorché l'equilibrio delle prestazioni sia fortemente alterato in favore del titolare dell'immobile, con sfruttamento, appunto, della precaria condizione dello straniero irregolare), e altra precedente (Cass., sez. I, 7 febbraio 2008, n. 6068) che richiama, ancora più espressamente, il concetto di discriminazione (nella specie la Corte rilevava appunto che il rapporto di lavoro “in nero” con lo straniero, a cui era stato fornito un alloggio, non si era caratterizzato per l'imposizione di condizioni gravose e discriminatorie). In adesione a tale ultimo orientamento, in altra sentenza, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la circostanza che il locatore traesse la medesima utilità economica dai locatari regolari come da quello irregolare (il prezzo della locazione del posto letto era per tutti di 130 euro mensili) escluda in concreto il presupposto del reato contestato dell'ingiusto profitto, nel senso che la condotta posta in essere si possa qualificare (in ciò consistendo la sua specificità penale) come di sfruttamento dello stato di clandestinità, e ha perciò confermato la decisione del Tribunale del riesame che aveva annullato il decreto di sequestro preventivo dell'immobile locato emesso dal Gip.

Il rimpatrio volontario, secondo il “considerando” n. 10, deve essere preferito, salvo che ciò possa compromettere la finalità della procedura, al rimpatrio forzato.

Il “considerando” n. 11 prevede poi che gli Stati membri debbano prevedere garanzie giuridiche minime con riguardo alle decisioni di rimpatrio.

Poi sensi del “considerando” n. 12, le condizioni per il sostentamento degli stranieri irregolari che non è stato possibile allontanare devono essere regolate in conformità alla legislazione nazionale.

L’uso delle misure coercitive e il ricorso al trattenimento, secondo i “considerando” nn. 13 e 16, devono essere subordinati e limitati dal principio di proporzionalità ed efficacia.

Il trattenimento, in particolare, secondo quanto ulteriormente specificato dal “considerando” n. 16 e dal “considerando” n. 17, deve essere funzionale all’allontanamento, ha il carattere di *extrema ratio* e deve essere attuato nel rispetto dei diritti fondamentali.

Per garantire il raggiungimento delle finalità poste in premessa, la direttiva, innanzitutto, agli artt. 1 e 2, definisce il proprio oggetto e campo di applicazione, ai cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri, prevedendo, in particolare, la possibilità che gli Stati possano decidere di non applicarla ai cittadini di Paesi terzi “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale”:

Successivamente, all’art. 4, prevede la possibilità di derogabilità solo *in melius* delle disposizioni in essa contenute.

Poi, all’art. 6, la direttiva detta alcune prescrizioni riguardanti la procedura finalizzata a porre fine al soggiorno irregolare, stabilendo che tale procedura abbia inizio con una decisione di rimpatrio.

Di seguito, all’art. 7, la direttiva prescrive che la decisione di rimpatrio fissi un termine per la partenza volontaria, stabilendo che le legislazioni degli Stati membri possano prevedere che la concessione del termine sia subordinata alla richiesta dell’interessato e possano, in pendenza del termine, imporre obblighi a carico dell’interessato, se sussiste un rischio di fuga, ed enumerando i casi in cui gli stessi Stati possano prevedere di non concedere tale termine o concederne uno di durata inferiore.

Il successivo art. 8 prevede e regola le misure che gli Stati membri possono adottare per eseguire la decisione di rimpatrio.

Infine, agli artt. 15 e 16, la direttiva stabilisce le condizioni del trattenimento ai fini dell’allontanamento.

In sintesi, la cd. direttiva rimpatri da un lato riconosce il potere degli Stati membri di controllare l’ingresso e il soggiorno degli stranieri nel loro territorio, e, anzi, prescrive che le procedure di allontanamento dello straniero irregolare siano attuate con mezzi efficaci, dall’altro prevede, nel rispetto dei principi dello Stato di diritto in tema di restrizione della libertà personale, che questa venga considerata l’*extrema ratio* e che l’uso della forza debba essere limitato e regolato dal criterio di proporzionalità.

Rimandando al prosieguo del discorso, e in particolare al capitolo 2, paragrafo 2, per gli ulteriori approfondimenti degli aspetti maggiormente rilevanti, pare però utile enucleare, sin da ora, alcuni principi cui si ispira la direttiva rimpatri:

1. il principio di efficacia delle politiche di rimpatrio. Come si ricava dal “considerando” n. 4, gli Stati membri devono prevedere norme chiare per definire una politica di rimpatri efficace.

2. il principio della preferenza del rimpatrio volontario sulle forme di rimpatrio coattive, a meno che ciò non possa comprometterne l’effettività.

Questo principio si desume chiaramente dal “considerando” n. 10 e dall’art. 7, par. 4, che contempla le condizioni in presenza delle quali il principio può essere derogato e, dunque, lo Stato può astenersi dal concedere un termine per la partenza volontaria o concederne uno di durata inferiore a quello previsto, vale a dire:

a. se sussiste il rischio di fuga;

b. se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;

c. se l’interessato costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

3. il principio di proporzionalità ed efficacia nell’impiego dei mezzi necessari per eseguire il rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante.

Questo principio si desume chiaramente dal “considerando” n. 13 ed è ulteriormente definito e articolato nell’art. 8, par. 4, della direttiva, in cui è stabilito che gli Stati membri possano ricorrere a misure coercitive per eseguire l’allontanamento, ma solo in “ultima istanza”, e alla condizione che siano funzionali ad “allontanare un cittadino di paese terzo che oppone resistenza”. In tali casi, peraltro, le misure adottate devono essere proporzionate e non eccedere un uso ragionevole della forza.

4. i principi riguardanti il trattenimento, dei quali, oltre quelli già chiaramente stabiliti dalla legislazione nazionale, i maggiormente significativi sono quelli di:

4 a. *extrema ratio*,

4 b. stretta strumentalità ad effettuare il rimpatrio,

4 c. proporzionalità,

4 d. trattamento dignitoso e rispetto dei diritti fondamentali della persona,

4 e. durata minima,

4 f. riesame periodico della sussistenza delle condizioni che lo giustificano,

4 g. dovere di comportamento diligente dello Stato in sua costanza.

4 a. Il principio del ricorso al trattenimento solo come *extrema ratio* è chiaramente sancito dal “considerando” n. 16, che dispone che il trattenimento è giustificato solo se l’uso di misure meno coercitive è insufficiente ed è ulteriormente ribadito dall’art. 15, par. 1, della direttiva, che stabilisce che gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio “salvo se nel caso concreto possano essere applicate efficacemente misure sufficienti ma meno coercitive”.

Lo stesso paragrafo dell’art. 15 prevede poi le condizioni in presenza delle quali può essere disposto il trattenimento, “in particolare quando”:

1. sussista un pericolo di fuga, ovvero,

2. il cittadino di Paese terzo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento.

L’elencazione appena riportata, contenuta nel par. 15 della direttiva, è sicuramente esemplificativa e non esaustiva, come è chiaramente dimostrato dalla formula utilizzata dal legislatore comunitario, “in particolare quando”. Non può tuttavia non rilevarsi che le uniche due ipotesi citate nelle norma comunitaria siano accomunate dalle identità di *ratio* di limitare il momento genetico del trattenimento (ma

considerazione del tutto analoghe valgono per il suo mantenimento, come si vedrà) a situazioni riconducibili alla sfera di volontà e comunque di controllo dello straniero irregolarmente soggiornante, con ciò implicitamente, ma necessariamente, escludendo, tra le situazioni legittimanti il trattenimento, quelle estranee a tale sfera, come quelle riconducibili alla sfera di controllo dell'organizzazione statale. L'elencazione contenuta nel par. 15 della direttiva comunitaria è perciò senz'altro non esaustiva, ma non può ritenersi estensibile a situazioni che facciano dipendere il trattenimento dall'organizzazione statale e dalle scelte politiche che sono a monte di tale organizzazione.

Questa interpretazione della norma comunitaria è anche legittimata, ad avviso di chi scrive, dalla successiva norma contenuta nel paragrafo 5 dello stesso art. 15 della direttiva, che fa dipendere il mantenimento del trattenimento dal perdurare delle condizioni di cui al paragrafo 1. Tale norma, lungi dal potere essere interpretata, formalisticamente, nel senso che le condizioni che legittimano il mantenimento del trattenimento debbano coincidere con quelle che ne giustificano la genesi, deve essere interpretata nel senso che in tanto è possibile mantenere il trattenimento in quanto lo straniero abbia tenuto, in sua costanza, un comportamento non collaborativo e abbia perciò ostacolato l'allontanamento, mentre non sarebbe possibile mantenere il trattenimento in presenza di un comportamento collaborativo dello straniero e solo in ragione di situazioni non riconducibili alla sua sfera di volontà e controllo.

Il principio del trattenimento come *extrema ratio* conosce perciò una sua ulteriore e pregnante articolazione, nel senso di escludere che il trattenimento possa essere fatto dipendere, nel suo momento genetico e dinamico, da ragioni estranee alla sfera di volontà e controllo dello straniero irregolarmente soggiornante.

4 b. Il principio della stretta strumentalità del trattenimento ad effettuare il rimpatrio è sancito dal "considerando" n. 16, che prevede che il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio ed è ulteriormente ribadito, con formula pressoché identica, dall'art. 15, par. 1.

Lo stesso art. 15, al par. 5, stabilisce che il trattenimento sia mantenuto per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito e, al par. 4, che esso non sia più giustificato "quando non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi" e che in tali casi la persona interessata debba essere immediatamente rilasciata.

4 c. Il principio di proporzionalità è espressamente sancito dal "considerando" n. 16, che prevede che il ricorso al trattenimento sia "subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti". Si tratta di un principio che ha una sua autonomia concettuale rispetto a quello di strumentalità, perché è da ritenersi regoli l'uso delle misure e dei mezzi adottabili in costanza di trattenimento per perseguire i singoli scopi strumentali e l'obiettivo finale del rimpatrio dello straniero.

4 d. Il principio del trattamento dignitoso e del rispetto dei diritti fondamentali della persona è sancito espressamente dal "considerando" n. 17 della direttiva, che collega a tale enunciazione di principio anche la regola che il trattenimento debba essere eseguito, fatto salvo l'arresto iniziale, presso gli appositi centri di permanenza temporanea.

4 e. il principio della durata minima del trattenimento è un corollario del principio di stretta strumentalità del trattenimento ad effettuare il rimpatrio ma è articolato

anche nel senso che la normativa comunitaria prevede dei termini temporali massimi, scaduti i quali il trattenimento non può che cessare, indipendentemente dalla possibilità, o meno, che il rimpatrio possa ancora essere effettuato.

Il principio è espressamente sancito dall'art. 15, par. 1, della direttiva, che prevede che il trattenimento abbia durata quanto più breve possibile. Il par. 5 dello stesso articolo prevede, poi, che lo Stato debba prevedere un termine massimo di trattenimento, che non può in ogni caso essere superiore a sei mesi, e che il trattenimento sia mantenuto fintantoché permangano le condizioni previste dal par. 1. Il par. 6 dello stesso articolo prevede poi che tale periodo sia prorogabile per altri dodici mesi, ma solo alla presenza dell'una o l'altra delle seguenti condizioni:

- a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o
- b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.

4 f. il principio del riesame periodico della sussistenza delle condizioni che giustificano il trattenimento ha una chiara valenza strumentale ad assicurare l'effettivo rispetto, da parte dello Stato membro, dei principi della stretta strumentalità e della durata minima del trattenimento.

Il principio è chiaramente posto dall'art. 15, par. 3, della direttiva, che prevede che il trattenimento sia riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio e che, nel caso di periodi di trattenimento prolungati, il riesame sia sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria.

4 g. il dovere di comportamento diligente dello Stato in costanza del trattenimento. Anche questo principio è sancito al fine di assicurare il rispetto dei principi della stretta strumentalità e della durata minima del trattenimento e, in quest'ottica, impone allo Stato membro di porre in essere in modo diligente, in costanza di trattenimento, tutte le attività che possano assicurare una rapida definizione della procedura di rimpatrio. Il principio è espressamente sancito, innanzitutto, dall'art. 15, par. 1, della direttiva, che prevede che il trattenimento sia mantenuto solo per il tempo necessario "all'espletamento diligente" delle modalità di rimpatrio.

Il principio è poi ulteriormente definito nel par. 6 dello stesso articolo, in tema di proroga dell'originario periodo di trattenimento, che prevede che essa sia possibile solo nel caso in cui, nonostante lo stato abbia compiuto "ogni ragionevole sforzo", l'operazione di rimpatrio rischi di durare più a lungo. Il principio ha il significato che la proroga del periodo iniziale di trattenimento, che, come si è detto, può avere anche durata di certo non breve, fino a sei mesi, possa disposta solo per cause esterne al comportamento dello Stato, e che lo Stato non è riuscito a rimuovere nonostante abbia praticato "ogni ragionevole sforzo", formula di certo più stringente e pregnante del generale dovere di diligenza e che si giustifica per l'appunto in ragione della circostanza che il trattenimento ha già avuto una lunga durata.

6. Il "pacchetto sicurezza" del 2009, il reato cd. di "immigrazione clandestina". La regolarizzazione del 2009

Con la l. n. 94 del 15.7.2009³⁶, di conversione del decreto legge n. 733 del 12.5.2009, sono state introdotte importanti novità relative al tema che interessa.

36. Per una valutazione complessiva dell'intervento normativo, v. O. Mazza e F. Viganò (a cura di), "Il "pacchetto sicurezza" 2009", cit., nonché M. Ferrero, "il "pacchetto sicurezza":

In linea di premessa, occorre rilevare che, come è accaduto per il “pacchetto sicurezza” del 2008, la modifica della disciplina del TU imm. è avvenuta tramite un decreto d’urgenza avente la finalità generale di dettare una normativa in tema di sicurezza.

Ed anche questo è indicativo della precisa volontà del legislatore di attrarre interamente il fenomeno dell’immigrazione in una sfera di ordine pubblico.³⁷

Più nel dettaglio, le norme maggiormente significative dettate dalla l. n. 94 del 2009 sono le seguenti.

Innanzitutto, il legislatore del 2009 ha introdotto l’art 10 bis del TU imm., il reato cd. di “immigrazione clandestina”.³⁸

L’intervento del legislatore è articolato in più direzioni che possono così sintetizzarsi. Accanto alla previsione della nuova fattispecie incriminatrice, il legislatore del 2009 detta una serie di norme regolanti il suo complesso trattamento sanzionatorio, la competenza in ordine alla sua cognizione, affidata al giudice di pace, la procedura per l’accertamento del reato che il giudice di pace è chiamato a seguire, e la disciplina delle interferenze tra il procedimento amministrativo di espulsione e il procedimento giurisdizionale per l’accertamento del reato.

Il co. 1 dell’art. 10 bis TU descrive la struttura del nuovo reato, prevedendo che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che faccia ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico imm. nonché di quelle di cui all’art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l’ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

Il legislatore configura, così, un reato proprio, che può essere cioè commesso solo dal cittadino straniero extracomunitario, prevedendo un’ipotesi di norma a più fattispecie, nella quale sono tipizzate e incriminate due diverse e alternative modalità di realizzazione del reato, vale a dire l’ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato in violazione della normativa regolante il soggiorno dello straniero extracomunitario.

La prima forma di realizzazione del reato, vale a dire l’ingresso illegale, ha natura istantanea, mentre quella del trattenimento illecito ha natura permanente.

Sotto il profilo oggettivo, si tratta, per entrambe le ipotesi, di un reato di mera condotta, per la cui sussistenza è necessario e sufficiente che lo straniero extracomunitario faccia ingresso in Italia ovvero vi si trattiene al di fuori dei presupposti fissati dalla legge per un regolare soggiorno.

dall’integrazione subalterna degli immigrati alla loro criminalizzazione”, in P. Basso, a cura di, “*Razzismo di stato*” FrancoAngeli, Milano, 2010.

37. V., a tale riguardo, L. Masera, “*Terra Bruciata*” cit., pag. 27, in cui si legge: “così come era accaduto per il “pacchetto di misure urgenti in materia di sicurezza pubblica” varato nel luglio dello scorso anno (legge 24 luglio 2008, n. 125), anche l’intervento normativo qui in esame individua nell’immigrazione irregolare uno dei principali fattori di quella *crescente sensazione di insicurezza*, che il legislatore si prefigge di contrastare. Ancora una volta, nella nostra legislazione più recente il fenomeno migratorio viene affrontato come una *questione di ordine pubblico* cui fare fronte con misure repressive ed apertamente discriminatorie nei confronti dei migranti non in regola con la disciplina del soggiorno, cui viene rimproverato di contribuire in maniera massiccia al dilagare di quel sentimento collettivo di paura e di insicurezza che domina il dibattito politico...”.

38 Per un’analisi della struttura del reato, nonché delle questioni di costituzionalità della norma, v., per tutti, L. Masera, “*Terra Bruciata*” cit., pagg. 37 – 52, e M. Toriello, *Il reato di clandestinità*, in S. Centonze, a cura di, *Diritto penale dell’immigrazione, Aspetti sostanziali e processuali*, cit., pagg. 69 – 104, nonché, anche per una critica molto serrata, G. Ferrero, *Contro il reato di immigrazione clandestina, un’inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Ediesse, Roma, 2009.

Non vi sono particolari aspetti riguardanti l'elemento psicologico, se non sotto il profilo dell'eventuale ignoranza della legge italiana, e qui pare sufficiente, per l'economia del discorso, sottolineare che, trattandosi di illecito contravvenzionale, è indifferente il dolo o la colpa.

La giurisprudenza ha anche di recente avuto modo di affrontare la questione del rapporto tra la nuova fattispecie incriminatrice e il reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore, di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU imm., esprimendo, al riguardo, un consolidato orientamento, secondo il quale i due reati non concorrerebbero, e il reato di cui all'art. 10 bis TU imm. sarebbe assorbito dall'altra fattispecie, che contiene elementi specializzanti ed è punita più gravemente, almeno fino alla cessazione della permanenza della condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento.³⁹

Di certo più interessante è l'aspetto sanzionatorio, che presenta alcune specificità e criticità.

La prima di esse è l'inapplicabilità, per effetto della disposizione contenuta nell'ultima parte del co. 1 dell'art. 10 bis, dell'art. 162 del codice penale, vale a dire della disciplina in tema di oblazione, e, dunque, della conseguente impossibilità per l'imputato di estinguere il reato mediante il pagamento di una somma corrispondente ad un terzo della pena massima prevista per la contravvenzione.

Sempre sotto il profilo sanzionatorio, il legislatore del 2009 ha poi integrato la disposizione dell'art. 16 del TU imm., prevedendo che il giudice competente alla cognizione del reato di cui all'art. 10 bis, nel pronunciare sentenza di condanna, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, co. 1, del TU imm., che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la pena pecuniaria con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.⁴⁰

Fermi restando i rilievi che saranno fatti nel prosieguo del discorso, e, in particolare, nel successivo par. 10.1, in ordine alla effettiva possibilità per il giudice competente alla cognizione del reato di ordinare, nella sentenza di condanna, l'espulsione dell'autore del reato, occorre già in questa sede sottolineare, innanzitutto, che si tratta dell'unico caso contemplato dall'ordinamento in cui la misura dell'espulsione è prevista in sostituzione di una pena pecuniaria, con il paradosso di una pena sostitutiva più grave di quella prevista in via principale, e, in secondo luogo, che si tratta del primo caso in cui al giudice di pace è stata affidata la possibilità di

39 V., al riguardo, Cass., sent. n. 45094 del 16/11/2010 in cui si legge, in motivazione "Nel caso di specie essendo stato emesso un ordine di allontanamento ed avendo l'imputato non adempiuto, la sua illegale permanenza sul territorio poteva essere sanzionata solo dalla fattispecie specifica e più grave prevista dall'art. 14, comma 5 ter, che configura una ipotesi di reato permanente, e non contemporaneamente da quello di cui all'art. 10 bis. I due reati infatti non concorrono ma eventualmente possono succedersi nel senso che una volta intervenuta condanna o assoluzione per il reato di cui all'art. 14, comma 5 ter, una volta cioè cessata la permanenza di tale reato, se non è possibile emettere un secondo ordine di allontanamento o fino a quando non viene emesso, la permanenza illegale nel territorio può essere sanzionata dall'art. 10 bis." V., anche, in senso analogo, Cass., sent. n. 16297 del 07/04/2010.

40 La Corte di Cassazione ha, peraltro, già avuto modo di chiarire che la statuizione dell'espulsione da parte del giudice di pace deve essere comunque preceduta dalla determinazione della pena pecuniaria, in vista della possibilità della sua revoca e del ripristino della pena sostituita, ove lo straniero espulso violi il divieto di nuovo ingresso nel territorio dello Stato, e deve essere anche accompagnata dall'indicazione della durata della sanzione sostitutiva, che non può essere in ogni caso inferiore al termine di cinque anni (Cass., sent. n. n. 29854 del 30/06/2011).

applicare una sanzione penale così incisiva sulla libertà personale del condannato, anche se al giudice di pace erano già affidati penetranti poteri riguardanti la libertà personale dell'immigrato extracomunitario, come quelli in ordine alla convalida del provvedimento del questore di accompagnamento coattivo alla frontiera e del provvedimento di trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione.

Come si è già accennato, il reato è affidato alla cognizione del giudice di pace, per effetto dell'introduzione della lettera s-bis dell'art. 4, D.L. n. 274 del 2000.

Sotto il profilo procedurale, la cognizione del reato, nel caso in cui il procedimento si svolga effettivamente dinanzi al giudice di pace (residuano infatti i casi di connessione oggettiva con altro reato ai sensi dell'art. 6 D.L. n. 274 del 2000, in cui la cognizione del reato è affidata al giudice ordinario), è regolata dai nuovi artt. 20-bis, 20-ter e 32-bis del D.L. n. 274 del 2000⁴¹, per effetto del richiamo a tali articoli contenuto nel co. 3 dell'art. 10 bis TU imm.

Le norme appena citate, pure introdotte dal "pacchetto sicurezza" del 2009, prevedono e regolano il nuovo rito a "presentazione immediata" dello straniero clandestino davanti al giudice di pace.

Il primo comma dell'art. 20 bis del D.L. n. 274 del 2000 prevede che, per i reati procedibili d'ufficio, in caso di flagranza di reato ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace.

Si tratta dunque di una norma applicabile a tutti i reati procedibili d'ufficio, ma è del tutto evidente che essa è stata costruita pensando al reato di immigrazione clandestina, come emerge non solo dalla genesi della norma, emanata in unico contesto il reato di immigrazione clandestina, ma anche dalla considerazione che i reati affidati alla competenza del giudice di pace sono, tutti, con la sola esclusione delle fattispecie contravvenzionali di cui all'art. 4, co. 2, del D.L. n. 274 del 2000, scarsamente applicate nella pratica, procedibili a querela di parte.

Inoltre, quanto ai presupposti per l'applicabilità del nuovo rito, vale a dire la flagranza del reato, ovvero l'evidenza della prova, è facile notare che essi ben si attagliano e anzi pare comprendano la generalità delle ipotesi di commissione del reato di immigrazione clandestina, dal momento che la flagranza del reato si verificherà in tutti i casi di permanenza illegale nel territorio nazionale, e anche il presupposto della evidenza della prova sarà sempre configurabile, data la facile accertabilità degli elementi costitutivi di entrambe le forme del reato.

Occorre peraltro anche rilevare che si tratta di una procedura applicabile solo agli stranieri irregolari che siano già stati compiutamente generalizzati, come si ricava dal co. 2, lett. a) dell'art. 20 bis, che prevede che la richiesta di autorizzazione alla presentazione immediata a giudizio debba contenere, tra l'altro, le generalità dell'imputato.

In sintesi, il nuovo rito a presentazione immediata sarà applicabile alla generalità delle ipotesi del reato di immigrazione clandestina, purché lo straniero extracomunitario sia già stato compiutamente identificato, caso nel quale la posizione dello straniero irregolarmente soggiornante, eventualmente trattenuto in

41 Per un'analisi e critica esaustiva degli aspetti procedurali struttura del reato, nonché delle questioni di costituzionalità della norma, v., per tutti, G. Varraso, Il nuovo rito a "presentazione immediata" dello straniero clandestino, in O. Mazza e F. Viganò (a cura di), Il "pacchetto sicurezza" 2009, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 30, pagg. 83 – 128.

un CIE ai sensi dell'art. 14 TU imm., sarà valutata dal giudice di pace secondo la procedura ordinaria dettata dal D.L. n. 274 del 2000.

Il nuovo rito è improntato ad una esigenza di particolare celerità ed è costruito, nella fase di instaurazione del giudizio dinanzi al giudice di pace, attorno ai due poli dell'attività della polizia giudiziaria, che richiede l'autorizzazione alla presentazione immediata a giudizio dello straniero irregolarmente soggiornante, e l'attività del pubblico ministero, che, a norma del co. 3 dell'art. 20 bis, salvo che ritenga di richiedere l'archiviazione, autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio dinanzi al giudice di pace.

In effetti, il rapporto tra l'attività della polizia giudiziaria e quella del pubblico ministero costituisce proprio il principale nodo ed elemento di originalità della nuova procedura.

A tal proposito, per i fini che interessano specificamente nell'economia del discorso, occorre sottolineare che l'esercizio dell'azione penale è formalmente in capo al p.m., attraverso l'autorizzazione alla presentazione, ma tuttavia esso ha come necessario presupposto l'impulso della polizia giudiziaria, che, in virtù delle disposizioni contenute nel co. 2, lett. c) e d) dell'art. 20 bis (che prevedono, rispettivamente, che la richiesta contenga anche "la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all'imputato, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati" e le fonti di prova a sostegno della richiesta), è anche chiamata a delineare e fissare il "thema decidendum", vale a dire l'imputazione e il suo sostegno probatorio.⁴²

Nel caso in cui il p.m. abbia autorizzato la presentazione immediata a giudizio, il co. 4 dell'art. 20 bis prescrive che l'ufficiale giudiziario notifichi senza ritardo all'imputato e al suo difensore copia della richiesta della polizia giudiziaria e dell'autorizzazione del pubblico ministero.

Ancora più improntata a una logica di celerità è la procedura fissata dal successivo art. 20 ter, che prevede che, quando ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ai sensi del co. 3 dell'art. 20 bis, ovvero se l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria formula altresì richiesta di citazione contestuale per l'udienza.

Sussistendo tali presupposti, il p.m. autorizza la presentazione immediata e rinvia l'imputato, a norma del co. 2 dell'art. 20 ter, direttamente dinanzi al giudice di pace. Si tratta, con tutta evidenza, della procedura pensata per l'immigrato irregolare che si trovi, per tale ragione, trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione, con la precisazione che non si potrà trattare del caso dello straniero trattenuto in un CIE per la necessità di effettuare accertamenti in ordine alla sua identità, a norma dell'art. 14, co. 1, TU imm., dal momento che la procedura speciale è riservata, come si è già accennato, allo straniero già compiutamente identificato.

Nel caso in cui il p.m. autorizzi la citazione contestuale in udienza, la polizia giudiziaria, a norma del co. 3 dell'art. 20 ter, conduce l'imputato che si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale direttamente dinanzi al giudice di pace per la trattazione del

42 Per questo motivo, una parte della dottrina parla, a proposito della formulazione dell'imputazione, di un "istituto a formazione complessa". V, a tal riguardo, G. Varraso, *Il nuovo rito a "presentazione immediata" dello straniero clandestino*, cit., pag. 97.

procedimento, salvo che egli espressamente rinunci a partecipare all'udienza. Se invece l'imputato non si trova sottoposto a tali misure, la polizia giudiziaria notifica immediatamente allo stesso la richiesta di cui al co. 1 e il provvedimento del pubblico ministero.

È perciò prevista una procedura che evoca chiaramente quella del giudizio direttissimo davanti al tribunale e alla corte d'assise, ai sensi dell'art. 450 e 552 del codice di procedura penale.

Lo svolgimento del giudizio introdotto nelle forme contemplate dagli artt. 20 bis e 20 ter è regolato dall'art. 32 bis del D.L. n. 274 del 2000, che, da un lato, richiama il procedimento generale disciplinato dall'art. 32, dall'altro, presenta alcune specificità pure ispirate da un'esigenza di celerità e costruite sul modello del giudizio direttissimo, come quelle relative all'introduzione dei testi, che, a norma del co. 2, possono essere citati oralmente e, a norma del co. 3, vengono presentati direttamente in dibattimento dalle parti.

Costruita sul modello del rito direttissimo è anche la norma di cui al co. 5 dell'art. 32 bis, che prevede la facoltà per l'imputato di richiedere un termine a sua difesa, non superiore a cinque giorni, e, nel caso del procedimento dell'art. 20 ter, non superiore a quarantotto ore.

Il procedimento dinanzi al giudice di pace per l'accertamento del reato di cui all'art. 10 bis TU imm. si svolge parallelamente al procedimento amministrativo di rimpatrio dello straniero irregolare.

Alcune norme dettate nel "pacchetto sicurezza" del 2009 hanno per l'appunto la finalità di disciplinare i rapporti tra i due procedimenti, nel senso che, per l'esecuzione dell'espulsione in sede amministrativa dello straniero irregolare denunciato per il reato di cui all'art. 10 bis, a norma del co. 5 di questo medesimo articolo, non è necessario il nulla osta dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato, e nel senso che, a norma del co. 5, il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, co. 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Il legislatore del 2009 riconosce e "vuole", dunque, che la procedura giurisdizionale per l'accertamento del reato e quella amministrativa finalizzata al rimpatrio, si svolgano e procedano parallelamente e, da un lato, si preoccupa di assicurare che la procedura giurisdizionale non costituisca intralcio all'utile dispiegarsi della procedura amministrativa che sfoci nell'espulsione, escludendo la necessità del nulla osta all'espulsione del giudice procedente, dall'altro, riconosce la sopravvenuta inutilità della procedura giurisdizionale quando il parallelo procedimento amministrativo abbia portato all'effettiva espulsione dello straniero irregolare.

In tal caso, il giudice procedente, acquisita la notizia dell'espulsione dell'imputato, pronuncia una sentenza di non luogo a procedere, che si giustifica, per l'appunto, in ragione del diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti non più presenti nel proprio territorio.

Un terzo modo di possibile interferenza tra procedimento giurisdizionale per l'accertamento del reato e procedimento amministrativo di rimpatrio deriva dalla previsione, cui si è sopra fatto cenno, contenuta nel co. 1 del novellato art. 16 del TU, che prevede che il giudice competente alla cognizione del reato di cui all'art. 10 bis TU, nel pronunciare sentenza di condanna, possa ordinare l'espulsione, ma solo qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, co. 1, del TU imm.

Tali cause, che sono le condizioni di fatto che giustificano il provvedimento del questore di trattenimento in un CIE, e che, dunque, costituiscono uno dei contenuti della procedura amministrativa di rimpatrio, quali, ad esempio, l'impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione per la necessità di acquisire documenti per il viaggio o di prestare soccorso allo straniero, o, ancora, l'indisponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, devono dunque necessariamente "entrare" nel processo dinanzi al giudice di pace, almeno nel senso che il giudice di pace, per ordinare in sentenza l'espulsione dovrà preventivamente avere positivamente accertato, nel contraddittorio della parti, che non ricorra alcune delle cause appena citate e che dunque l'espulsione sia immediatamente eseguibile.⁴³

La legge n. 94 del 2009 ha inoltre inciso sul sistema repressivo penale riscrivendo l'art. 14, commi 5 bis, 5 ter, 5 quater e 5 quinquies del T.U. imm., apportandovi integrazioni e modifiche che, senza modificare la struttura portante dell'impianto normativo, inaspriscono le pene, estendono le ipotesi in cui la violazione dell'ordine di allontanamento del questore costituisce delitto, espressamente prevedono la reiterazione dell'intimazione all'allontanamento volontario dopo la violazione di un precedente ordine di allontanamento.

In questo contesto, la più significativa delle innovazioni è la riscrittura della fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 14, co. 5 quater, TU imm., in virtù della quale viene ad essere punita la condotta dello straniero, che, destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato.

Molto significative, poi, sia sotto il profilo pratico, nel senso di un inasprimento dell'apparato *lato sensu* sanzionatorio nei confronti dell'immigrato irregolarmente soggiornante, sia al fine di decifrare le linee della politica legislativa in tema di immigrazione straniera, sono poi le novità introdotte dal "pacchetto sicurezza" riguardanti il trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione.

Mentre prima della riforma del 2009, lo straniero irregolarmente soggiornante poteva essere trattenuto nei CIE per un periodo massimo di trenta giorni, prorogabile una sola volta di ulteriori trenta giorni, ai sensi del primo periodo del co. 5 dell'art. 14, TU, con la riforma del 2009 il termine massimo di trattenimento viene elevato a centottanta giorni, attraverso una complessiva riscrittura delle ulteriori disposizioni contenute nello stesso comma dell'art. 14.

Per effetto della nuova disciplina introdotta nel 2009, dunque, al previgente termine massimo di trattenimento di sessanta giorni poteva seguire una ulteriore proroga di sessanta giorni, in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, ed ancora un'ultima proroga di ulteriori sessanta giorni, nel caso in cui fossero persistite le condizioni di cui alla precedente proroga, nonostante fosse stato compiuto ogni ragionevole sforzo da parte dello Stato.

Appare anche significativo sottolineare come le espressioni utilizzate dal legislatore del 2009 con riguardo alle condizioni della proroga del trattenimento riproducano

43 Pare utile rilevare che la Corte di Cassazione ha di recente precisato l'irrogazione dell'espulsione quale sanzione sostitutiva della pena pecuniaria spettante al giudice di pace, alla cui competenza il reato è devoluto, ha natura discrezionale e non obbligatoria ed è subordinata alla condizione della insussistenza di situazioni ostative all'immediata esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (v. sent. 1 aprile 2011, n. 13408).

letteralmente quelle contenute nell'art. 15, par. 6, della cd. direttiva rimpatri, per tutti gli altri aspetti completamente disattesa ed apparentemente ignorata.

Appena entrata in vigore la norma in commento, la migliore dottrina ha avuto modo di avanzare una interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata dei requisiti che legittimavano il giudice di pace a concedere l'ulteriore proroga di sessanta giorni, sottolineando come la riserva assoluta di legge concernente le restrizioni della libertà personale prevista dall'art. 13 della Cost. imponesse l'interpretazione più rigorosa possibile di questa seconda nuova proroga.⁴⁴

Il necessario rigore interpretativo avrebbe richiesto, innanzitutto, che nella motivazione della richiesta di proroga del trattenimento il questore dovesse dimostrare in modo concreto e dettagliato in cosa fosse consistito il comportamento non cooperativo della straniero o da cosa fosse dipeso il ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi, anche in considerazione della circostanza che, nella legislazione tedesca e britannica, la detenzione per un periodo superiore a 15 gg. è subordinata alla dimostrazione in giudizio, da parte dell'amministrazione, di avere diligentemente compiuto le operazioni necessarie all'identificazione dello straniero.

Più nel dettaglio, perché potesse ritenersi integrato e dimostrato il requisito della mancata collaborazione dello straniero al rimpatrio, sarebbe stato necessario, da un lato, che l'amministrazione avesse fornito la dimostrazione di avere richiesto allo straniero tale collaborazione, dall'altro che avesse fornito la dimostrazione del comportamento dello straniero dolosamente diretto a non fornire la collaborazione richiesta, consistito, ad esempio, nella distruzione o occultamento dei documenti di identificazione e di viaggio, nel rifiuto di dare le proprie generalità o nella declinazione di false generalità.

Poi, perché potesse ritenersi integrato il requisito del ritardo dell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi sarebbe stato necessario che l'amministrazione avesse fornito la dimostrazione della richiesta di collaborazione al Paese terzo e l'addebitabilità del ritardo allo stesso.

Quanto alla successiva proroga di ulteriori sessanta giorni, era richiesto che l'amministrazione fornisse la dimostrazione della "permanenza" della ragioni giustificative della precedente proroga, nonché del fatto di avere davvero compiuto ogni ragionevole sforzo, vale a dire che non potessero pretendersi attività ulteriori rispetto a quelle effettivamente espletate, in ragione del tipo di Stato straniero, del tipo di relazioni internazionali esistenti e dell'effettivo uso di tutte le risorse diplomatiche, informatiche e tecnologiche di cui dispongono le autorità italiane.

In dottrina si rilevavano, peraltro, i numerosi profili di possibile illegittimità costituzionale della norma in commento.⁴⁵

La l. n. 94 del 2009 ha riformulato, inoltre, all'art. 1, co. 14, il reato (introdotto nel "pacchetto sicurezza" del 2008) di cessione di immobile allo straniero irregolare, prevedendo che la condizione di irregolarità sia da valutare al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione.

44 V., a tale riguardo, P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2009, pagg. 85-128.

45 Ivi.

Pare anche utile riportare, tra le novità introdotte dal “pacchetto sicurezza” del 2009, alcune norme che impongono allo straniero di esibire il permesso di soggiorno per accedere a servizi privati e pubblici.

Innanzitutto, la norma, contenuta nell’art. 1, co. 20, della legge, che prescrive che gli agenti in attività finanziaria che prestano servizi di pagamento nella forma dell’incasso e trasferimento di fondi (money transfer) debbano acquisire e conservare per dieci anni copia del titolo di soggiorno se il soggetto che ordina l’operazione è un cittadino extracomunitario e che, in mancanza del titolo, gli stessi agenti debbano effettuare, entro dodici ore, apposita segnalazione all’autorità locale di pubblica sicurezza, trasmettendo i dati identificativi del soggetto a pena della sanzione della cancellazione dall’elenco degli agenti in attività finanziaria ai sensi dell’art. 3 del decreto legislativo 25 settembre 1999, n. 374.

E poi, nella stessa ottica, deve anche ricordarsi l’estensione, al co. 2 dell’art. 6 TU, dell’obbligo di esibizione dei documenti inerenti al soggiorno per tutti i servizi pubblici, con la sola eccezione dell’accesso alle attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, alle prestazioni sanitarie di cui all’art. 35 TU, e alle prestazioni scolastiche obbligatorie.

È utile ricordare, a tal riguardo, che, nelle originarie intenzioni del Governo, pure tali prestazioni dovevano essere negate agli stranieri irregolarmente soggiornanti. Ed infatti, per quanto riguarda l’assistenza medica, l’originario disegno di legge governativo prevedeva la soppressione della norma di cui all’art. 35, co. 5 del TU imm., che prevede che “l’accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all’autorità”, norma in concreto decisiva per consentire l’accesso al servizio da parte degli stranieri non in regola con le condizioni di soggiorno, e la cui soppressione è stata stralciata solo in seguito ad una massiccia presa di posizione da parte della classe medica e di molte organizzazioni, laiche e cattoliche, operanti nel settore del volontariato; e che, per quanto concerne le prestazioni scolastiche obbligatorie, non era originariamente previsto, nel disegno di legge, che ad esse potessero accedere i figli degli stranieri irregolarmente soggiornanti, mentre la loro fruibilità è stata introdotta solo nel corso della discussione del provvedimento alla Camera dei Deputati.⁴⁶

Nella stessa prospettiva, occorre anche menzionare la modifica apportata dall’art. 1, co. 15, della legge in commento all’art. 116 del codice civile, per effetto della quale veniva previsto che lo straniero, per potere contrarre matrimonio, dovesse

46 Va sottolineato, peraltro, che, in direzione opposta rispetto alla linea seguita dal legislatore, la Corte Costituzionale, con alcune recenti pronunce, ha ripetutamente affermato che la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali, ed in particolare del diritto alla salute contemplato dall’art. 32 Cost., non include le sole prestazioni sanitarie “essenziali” di cui all’art. 35 TU imm., ma si estende anche alle prestazioni assistenziali finalizzate alla preservazione di tale diritto, confermando la costituzionalità delle norme regionali che così dispongano. A tal proposito, v. C. Cost., 22 luglio 2010, n. 269, su cui M. Vrenna, *La sentenza della corte costituzionale n. 269/2010 sulla legge regionale toscana dell’immigrazione: prime considerazioni* in *Gli Stranieri*, 2010, 10, p. 37 ss.; C. Cost., 22 ottobre 2010, n. 299; C. Cost. 25 febbraio 2011, n. 61, su cui V. Piergigli, *La legge campana sulla integrazione sociale degli stranieri supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Gli Stranieri*, 2011, 1, p. 77 ss.

presentare un “documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano”.⁴⁷

Nel “pacchetto sicurezza” del 2009 è poi previsto un cospicuo numero di disposizioni che introducono requisiti nuovi o più restrittivi per la concessione della cittadinanza o il rilascio del titolo di soggiorno.

Per quanto riguarda la cittadinanza, pare significativa la norma contenuta nell’art. 1, co. 11, che modifica l’art. 5 della legge n. 91 del 1992, elevando da sei mesi a due anni il periodo in cui il coniuge straniero di cittadino italiano deve risiedere legalmente nel nostro Paese per potere ottenere la cittadinanza. Il co. 12 dello stesso articolo prevede poi il pagamento del contributo di 200 euro, per ogni “istanza o dichiarazione di elezione, acquisto, riacquisto, rinuncia o concessione delle cittadinanza”.

Per quanto concerne le norme limitative o maggiormente restrittive delle condizioni incidenti sulla regolarità del soggiorno, basta citare, a titolo esemplificativo, con riguardo all’istituto del ricongiungimento familiare, il co. 22, lett. t, dell’art. 1, che limita le ipotesi di ricongiungimento del genitore naturale al figlio minore regolarmente soggiornante alle situazioni in cui il figlio già soggiorni in Italia con l’altro genitore, e il co. 22, lett. u, che elimina il precedente meccanismo del silenzio – assenso, in virtù del quale, trascorsi centottanta giorni dal deposito della domanda di ricongiungimento familiare, l’interessato aveva comunque diritto ad ottenere il visto d’ingresso.

Quanto ai requisiti per l’ingresso in Italia o per il rilascio del permesso di soggiorno, basta citare, tra le varie norme restrittive, quella introdotta dal co. 22, lett. b, che prevede che la richiesta di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno sia subordinata al pagamento di una somma compresa tra un minimo di 80 e un massimo di 200 euro, e quella introdotta dall’art. 22, lett. i, che prevede che il rilascio del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo sia subordinato al superamento, da parte del richiedente, di un test di conoscenza della lingua italiana.

Infine, è anche significativa l’introduzione, nel “pacchetto sicurezza” del 2009, dell’art. 4 bis del TU imm., che prevede che lo straniero, contestualmente alla presentazione della domanda di rilascio del permesso di soggiorno, sottoscriva un “accordo di integrazione, articolato per crediti, con l’impegno a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno”. La stipula dell’accordo di integrazione è condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno, mentre il mancato raggiungimento degli obiettivi di integrazione in esso fissati, e la conseguente perdita integrale dei crediti, determina la revoca del permesso di soggiorno e l’espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, eseguita dal questore secondo le modalità di cui all’art. 13, co. 4 TU. È cioè prevista, nella legge in commento, una forma di espulsione dello straniero mediante accompagnamento coattivo alla frontiera nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi di integrazione prefissati nell’accordo.

Va infine ricordato che, con la l. n. 102 del 3.8.2009, di conversione del decreto legge n. 78 del 2009, è stato previsto un provvedimento per la regolarizzazione di colf e badanti.

⁴⁷ Come sarà detto anche nel prosieguo, la norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza della Corte Costituzionale n. 245 del 2011.

Il provvedimento, pure essendo inserito nel contesto di una regolarizzazione contributiva più ampia, riguardante anche i lavoratori del settore italiani e comunitari, si risolve, di fatto, in una ulteriore sanatoria per i migranti irregolari.

Esso, in sintesi, prevede le seguenti disposizioni:

- sono ammessi alla regolarizzazione colf e badanti in servizio prima del 30 giugno 2009;

- i datori di lavoro italiani, comunitari o anche extracomunitari (ma regolarmente presenti in Italia da almeno 5 anni, i cosiddetti lungo - soggiornanti), possono regolarizzare colf e badanti che lavorano alle proprie dipendenze in nero;

- il datore di lavoro deve dichiarare, sotto la propria responsabilità, la data di inizio del rapporto;

- il datore di lavoro deve denunciare la sussistenza del rapporto di lavoro, versando un contributo forfettario fissato in 500 euro, cifra che corrisponde a tre mensilità di contributi. L'autodenuncia esclude le sanzioni penali, civili e amministrative connesse al rapporto di lavoro irregolare;

- l'istanza per i lavoratori comunitari, va presentata all'Inps, che incasserà il contributo forfettario;

- per gli extracomunitari, la domanda va inoltrata allo sportello unico per l'immigrazione competente per territorio, che prima di dare il via libera deve acquisire il parere della questura;

- ogni famiglia potrà regolarizzare al massimo una colf e due badanti;

- i datori di lavoro delle colf dovranno avere un reddito non inferiore a 20.000 euro l'anno nel caso di famiglia composta da un solo soggetto che percepisce reddito, o 25.000 euro per i nuclei familiari con più soggetti che percepiscono reddito.

- per le badanti, invece, è necessaria una certificazione sanitaria che attesti la non autosufficienza della persona da accudire.

- non sono ammessi alla regolarizzazione i cittadini extracomunitari:

- colpiti da provvedimento di espulsione per motivi diversi dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno;

- quelli che hanno segnalazioni, in base agli accordi internazionali, che ne impediscano l'ingresso sul territorio dello Stato (indesiderati e inammissibili);

- quelli che hanno riportato condanne per uno qualsiasi dei reati previsti negli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza (dal furto alla violenza sessuale, dal saccheggio alla rapina, dalla pedopornografia ai reati di terrorismo ed eversione, dalla corruzione alla truffa e altri ancora).

Si tratta dell'ennesimo, e ultimo nell'ordine di tempo, provvedimento di regolarizzazione della storia delle politiche dell'immigrazione in Italia, dopo quelli che si sono già indicati nei paragrafi che precedono.

Dai dati statistici risultanti dal XX dossier statistico Caritas/migrantes risulta che sono state presentate circa trecentomila istanze di regolarizzazione di cittadini extracomunitari.⁴⁸

48 Sul punto v. *Immigrazione. Dossier statistico. XX rapporto*, Idos, Roma 2010, in cui si legge, a pag. 116, anche un giudizio finale sulla regolarizzazione del 2009: "Quello indetto a settembre 2009 è l'ennesimo provvedimento di regolarizzazione della politica migratoria italiana. Il primo (non considerando le circolari precedenti) già nel 1986, poi nel 1990 con la legge Martelli, poi il decreto Dini nel 1995, quindi nel 1998 ancora una procedura d'emersione in parallelo alla emanazione della Turco - Napolitano e, nel 2002, con la Bossi - Fini, quella che sarebbe diventata la "grande

7. L'aggravante cd. di "immigrazione clandestina" e il reato cd. di "immigrazione clandestina" al vaglio della Corte Costituzionale

Con sentenza n. 249 dell'8.7.2010, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11 bis, c. p., come introdotto dall'art. 1, lettera f), del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), vale a dire dell'aggravante cd. di "immigrazione clandestina".

Il ragionamento fatto dai giudici della Consulta è stato il seguente.

La Corte inizia con una premessa sul principio di uguaglianza declinato nei rapporti tra cittadini e stranieri, riportando la propria giurisprudenza, secondo la quale diversità di trattamento con riguardo ai diritti fondamentali degli stranieri (che "spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»") devono superare un vaglio positivo di ragionevolezza, che porti alla necessaria individuazione del rango costituzionale dell'interesse in comparazione e dell'"ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale".

Poi, in motivazione, la Corte declina ulteriormente tale metodo e principio nel campo penale, prima ricordando, in premessa, che l'art. 3 della Costituzione non tollera una diversificazione di discipline fondate su «condizioni personali e sociali», e poi pervenendo all'affermazione, nel campo penale, che "comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero "segno distintivo".

Sulla base di tali premesse, la Corte arriva alla conclusione della irragionevolezza della norma sottoposta al vaglio di costituzionalità, in rapporto a finalità o interessi di rango costituzionale.

Da un lato, infatti, la previsione dell'aggravante "non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati" (il bene giuridico tutelato dalla singola norma incriminatrice non può ritenersi sia più "offeso" se il reato sia stato commesso da uno straniero extracomunitario); dall'altro non può fondatamente sostenersi che, attraverso la previsione dell'aggravante, sia perseguita la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito che in modo indiretto e scindendo ("distaccando totalmente") l'interesse al contrasto all'immigrazione clandestina con il bene di volta in volta tutelato dalla singola norma incriminatrice.

Del resto, secondo la Corte, che l'interesse perseguito dalla previsione dell'aggravante non sia quello del controllo delle frontiere emerge anche dalla circostanza che l'aggravante non si applichi alle ipotesi di soggiorno irregolare del cittadino comunitario.

regolarizzazione". Il periodico e piuttosto unanime riconoscimento della necessità di ricorrere a questa misura – per alcuni vero *leit motiv* della politica italiana in materia di immigrazione – costituisce di per sé quasi un'implicita ammissione del fatto che in assenza di adeguati canali di ingresso regolare, l'immigrazione irregolare finisce per rappresentare uno dei fulcri del sistema migratorio italiano."

Ed allora, escluso che la previsione dell'aggravante persegua l'uno o l'altro bene giuridico, non resta che prendere atto che la previsione dell'aggravante "fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo".

La previsione dell'aggravante introduce una diversità nella disciplina sanzionatoria che non supera il vaglio positivo di ragionevolezza, perché non è in grado di individuare la propria *ratio* in un bene o interesse costituzionale e ha pertanto natura discriminatoria.

La Corte prosegue nel suo ragionamento, sostenendo che la natura discriminatoria dell'aggravante si è accentuata per effetto dell'introduzione del reato di immigrazione irregolare, che "ha posto le premesse per possibili duplicazioni o moltiplicazioni sanzionatorie, tutte originate dalla qualità acquisita con un'unica violazione delle leggi sull'immigrazione". La norma è pertanto in contrasto con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., che non tollera irragionevoli diversità di trattamento.

In definitiva, ragiona la Corte, non potendosi la previsione dell'aggravante ragionevolmente giustificare in ragione della tutela dell'interesse dello stato al controllo della migrazione e della finalità di contrastare l'immigrazione illegale, non resta che riconoscere che tale previsione si fonda, sostanzialmente (la "*ratio* sostanziale"), su una presunzione "generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare", ciò che non solo è in contrasto con quanto in precedenza affermato dalla Corte, e cioè che «il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] non è univocamente sintomatico [...] di una particolare pericolosità sociale» (sentenza n. 78 del 2007), ma è in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali ed è in contrasto, in particolare, con il principio di offensività, "giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore".⁴⁹

Con la pronuncia n. 250 del 2010, emessa, come quella appena riportata, in data 8.7.2010, la Corte Costituzionale ha invece rigettato le questioni di illegittimità costituzionale proposte con riguardo alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm.

Quanto alle questioni riguardanti l'illegittimità costituzionale della norma per contrasto con il principio di materialità e offensività del reato, la Corte innanzitutto rileva che la norma incriminatrice punisce condotte materiali e non una condizione personale, come invece sostenuto dai giudici rimettenti.

49 Per l'importanza del punto, che sarà ripreso nel terzo capitolo, pare necessario riportare le affermazioni letterali della Corte: "In definitiva, la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno "stigma", che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento".

La fattispecie criminosa prevede, infatti, specifici comportamenti criminosi, descritti dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, e non un «modo di essere» della persona, vale a dire l'essere clandestino.

La condizione di cosiddetta "clandestinità", secondo il ragionamento della Corte, non è "un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, "la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità".⁵⁰

La Corte esclude poi che la fattispecie incriminatrice rappresenti un illecito di mera disobbedienza, come tale non posto a protezione di un bene giuridico, sottolineando, al contrario, che il bene giuridico tutelato dalla norma sia facilmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, che costituisce un bene "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 ed è "strumentale", realizzando una "protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata".

La Consulta sottolinea che spetta allo Stato il potere di disciplinare l'immigrazione, e anzi che tale potere rappresenta un profilo essenziale della sovranità. Rientra, poi, nella discrezionalità del legislatore determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata alle violazioni della disciplina del controllo dei flussi migratori.

La Corte Costituzionale, sul punto, infine esclude che la *ratio* della norma incriminatrice si fondi su una presunzione di pericolosità dell'immigrato irregolare.

Alla Corte erano poi state poste alcune questioni riguardanti il contrasto tra la norma incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm. e il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Cost., essenzialmente, articolate su due distinti profili:

1. la norma punisce indiscriminatamente lo straniero che sia entrato o si sia trattenuto illegalmente nel territorio dello Stato, così equiparando situazioni ben diverse e soggetti di diversa pericolosità sociale;
2. non è stata prevista l'esimente speciale dei giustificati motivi, come per il caso della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 bis, TU, ciò che determina una ingiustificata disparità di trattamento tra gli autori dei due reati.

Quanto al profilo sub 1, la Corte sottolinea che la diversità di situazioni disciplinate dalla norma incriminatrice può essere risolta nel caso concreto attraverso una modulazione del trattamento sanzionatorio e che, comunque, il giudice di pace potrebbe anche fare ricorso all'istituto dell'esclusione della procedibilità per "particolare tenuità del fatto", previsto dall'art. 34, D.lgs. n. 274 del 2000.⁵¹

⁵⁰ È questo lo "snodo" della motivazione della sentenza, che permette alla Corte di distinguere tra l'aggravante cd. di "immigrazione clandestina" e il reato cd. di "immigrazione clandestina". Anche questo punto è cruciale, e sarà criticamente affrontato nel terzo capitolo. Appare, anche in questo caso, utile riportare il passaggio della motivazione: "La condizione di cosiddetta "clandestinità" non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'avere commesso i reati stessi)."

⁵¹ Proprio riprendendo questo passo della motivazione, la Corte di Cassazione, sez. 1, con sent. n. 13412 del 08/03/2011 ha ritenuto che l'istituto dell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 34 del D. Lgs. n. 274 del 2000, in materia di procedimento dinanzi al giudice di pace, si applichi, ove ne ricorrano i presupposti, anche al reato di ingresso e soggiorno

Quanto al profilo sub 2, la Corte, innanzitutto, rileva che la mancata previsione dell'esimente speciale dei giustificati motivi, da un lato, non preclude l'applicazione delle esimenti generali, e del principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*, dall'altro, per le ipotesi residue, non coperte né dalle esimenti generali, né dal suddetto principio, la mancata previsione si giustifica in ragione della peculiarità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU.

Alla Corte era stata anche posta una serie di questioni riguardanti il contrasto tra la nuova norma incriminatrice e il principio di sussidiarietà dell'illecito penale, in virtù del quale nel nostro ordinamento la sanzione penale è ammissibile solo come *extrema ratio*, quando cioè la tutela del bene giuridico non possa essere adeguatamente raggiunta attraverso altri strumenti dell'ordinamento giuridico. Nel caso della norma incriminatrice dell'immigrazione irregolare, il reale obiettivo, avevano osservato alcuni giudici rimettenti, è costituito dall'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio dello Stato, obiettivo che, già prima dell'introduzione del reato, era possibile raggiungere con le procedure amministrative di espulsione, che non sono in alcun modo rafforzate attraverso l'introduzione del reato.

La Corte risponde a tali censure, contestando che la finalità della norma incriminatrice possa univocamente ricondursi all'espulsione dello straniero, essendo, peraltro, l'espulsione giudiziaria solo un esito subordinato alla mancata espulsione dello straniero in via amministrativa.

Quanto alla sanzione della ammenda prevista dalla norma incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU, la Corte, pure sottolineandone la "ridotta capacità dissuasiva", riconduce anche tale scelta nell'ambito legittimo di discrezionalità del legislatore.

Con riguardo, infine, al dedotto contrasto della norma incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm. con l'art. 117 Cost., sotto lo specifico profilo della contrarietà alla cd. direttiva rimpatri, la Corte risponde alle censure, sottolineando, da un lato, che, non essendo ancora scaduto il termine di adeguamento alla direttiva, l'ipotizzato contrasto non rileverebbe ai fini della configurabilità della lesione costituzionale e, dall'altro, che esso, al più, potrebbe avere effetti in ordine alle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi e non potrebbe, perciò avere effetti in ordine alla previsione della norma incriminatrice di cui all'art 10 bis TU imm.

8. La mancata attuazione legislativa della cd. direttiva rimpatri e l'emanazione della circolare del ministero dell'interno n. 8802 del 17.12.2010. Le questioni sorte per effetto del mancato recepimento della direttiva

La cd. direttiva rimpatri prevedeva, come termine ultimo di recepimento da parte degli Stati membri, il 24 dicembre 2010.

illegale dello straniero nel territorio dello Stato. Nel caso posto all'attenzione del giudice di legittimità la straniera irregolarmente soggiornante era in stato di gravidanza, ma tale situazione non era stata in alcun modo valutata dal giudice di pace in motivazione, ai fini dell'eventuale configurabilità dell'istituto della "particolare tenuità del fatto".

Dal momento della sua pubblicazione, non vi erano tuttavia stati interventi legislativi, al di là della emanazione del “pacchetto sicurezza” del 2009, di cui si è detto nel par. 6 (quello del 2008 è anteriore alla direttiva).

Un unico tentativo di adeguamento è stato compiuto attraverso l’emanazione della circolare n. 8802 del 17 dicembre 2010 del ministero dell’interno.

In essa, il ministero dell’interno si proponeva di indicare alcuni indirizzi interpretativi e prassi da seguire, nelle more del recepimento da parte dell’Italia della normativa comunitaria.

Vi si prefigurava, dunque, uno scenario futuro, successivo alla imminente scadenza del termine ultimo per l’adeguamento dell’Italia, nel quale il ricorso dello straniero “attinto da un provvedimento finalizzato al suo rimpatrio”... “potrebbe essere accolto poiché il giudice, in applicazione dei principi di diritto comunitario, è obbligato ad interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della Direttiva”.

In previsione di tale situazione, veniva sottolineato che “assumeranno una rilevanza strategica le motivazioni su cui si fonderanno i provvedimenti propedeutici al rimpatrio”... “tali motivazioni, per essere idonee a neutralizzare gli effetti del ricorso, dovranno essere articolate, in modo che emerga con chiarezza la conformità dell’azione di rimpatrio rispetto ai contenuti della normativa comunitaria.”.

In questo contesto, dopo avere elencato i principi ispiratori della direttiva, venivano date alcune indicazioni pratiche relative all’azione di rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante in Italia, riguardanti, soprattutto, la motivazione del provvedimento di rimpatrio:

“Le motivazioni su cui si fonderanno i provvedimenti finalizzati al rimpatrio dello straniero dovranno essere calibrate in relazione alle principali novità introdotte dalla Direttiva. In particolare, si dovrà tenere presente che:

la posizione di soggiorno irregolare determina l’adozione di una decisione di rimpatrio; il relativo provvedimento va emesso solo a seguito di una ponderata valutazione del singolo caso;

in tale contesto andrebbe sempre assicurata la gradualità del provvedimento da adottare, privilegiando la concessione di un termine per la partenza volontaria rispetto al rimpatrio immediato. La stessa gradualità andrebbe garantita nella fase esecutiva del rimpatrio;

per la partenza volontaria, è concesso all’interessato un termine tra i 7 e i 30 giorni; durante tale periodo, possono essere imposti allo straniero alcuni obblighi finalizzati a evitare il rischio di fuga, come l’obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l’obbligo di dimorare in un determinato luogo;”

La circolare forniva poi indicazioni sui casi in cui non si sarebbe potuti addivenire alla concessione del termine per il rimpatrio:

“ il termine per la partenza volontaria non è concesso, qualora:

sussista il rischio di fuga dello straniero, o

la sua domanda di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, ovvero l’interessato costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale;

il rischio di fuga deve essere accertato individualmente, sulla base di criteri oggettivi;”

specificandosi, poi, quando avrebbe potuto essere disposto il trattenimento dello straniero in un centro di identificazione ed espulsione:

“ il trattenimento dello straniero in un Centro può essere disposto, salvo che nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare qualora:

sussista il rischio di fuga, o

l'interessato evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o l'allontanamento;”

Nella circolare del ministero venivano in conclusione date le seguenti direttive operative:

“Da quanto illustrato, emerge in particolare che:

- la posizione di ogni straniero che soggiorna illegalmente sul territorio nazionale deve essere attentamente valutata;

- a tale proposito, nell'intervista cui lo straniero è sottoposto prima di avviarlo al rimpatrio, volontario o coatto, andrà verificato se sussistono le condizioni affinché allo stesso sia possibile rilasciare un permesso di soggiorno umanitario o ad altro titolo;

- qualora sia esclusa tale possibilità, si dovrà accertare se sussistano motivi che impediscono di concedere allo straniero un termine per la partenza volontaria;

- tali motivi impeditivi sono configurabili qualora lo straniero:

- abbia presentato una domanda di soggiorno che è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, o

- sia pericoloso per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, ovvero

- sia a rischio di fuga, ossia ricorra il pericolo che egli possa sottrarsi al rimpatrio, qualora venisse a lui concesso un termine per la partenza volontaria;

in linea generale, per ritenere se sussiste o meno il rischio di fuga potrà essere utile chiedere allo straniero di dimostrare, mediante la consegna di apposito carteggio:

- la disponibilità di adeguate garanzie finanziarie provenienti da fonti lecite, idonee allo scopo;

- il possesso di un documento utile all'espatrio, in corso di validità;

- l'utilizzabilità di un alloggio stabile non precario, ove egli possa essere rintracciato senza alcuna difficoltà;

- la linearità della sua condotta pregressa;

- il proprio concreto interesse a tornare quanto prima nel Paese d'origine o in un altro Paese terzo, senza più prolungare la permanenza irregolare sul territorio italiano;

- ogni altro elemento utile ad evidenziare la presenza o meno del pericolo che egli si sottragga volontariamente al rimpatrio, qualora gli venisse concesso un termine per la partenza volontaria;

- il trattenimento è possibile per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, a condizione che non possano essere applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive. Pertanto, detta misura:

- potrà essere adottata nei casi attualmente consentiti dalla legislazione nazionale;

- tuttavia, dalla lettura del provvedimento di trattenimento dovrà emergere che, nel caso concreto, non risulti possibile applicare altre misure meno coercitive, proprio a causa della particolare situazione che caratterizza la posizione dello straniero;

- dovrà essere idonea a soddisfare la finalità dell'allontanamento, che è da perseguire con tutte le misure necessarie;

- come già evidenziato, la durata del divieto di ingresso deve essere sempre motivata, tenuto conto di tutte le circostanze pertinenti ciascun caso.”

Dalla lettura della circolare emergono alcuni dati che meritano di essere sottolineati già in questa sede:

1. innanzitutto, emerge il dato formale del riconoscimento del mancato recepimento della cd. direttiva rimpatri da parte del legislatore italiano e

della conseguente possibilità della emanazione di atti amministrativi illegittimi perché in contrasto con la normativa comunitaria;

2. le indicazioni fornite dalla circolare sono proprio dirette e finalizzate a prevenire il rischio della proposizione di ricorsi fondati da parte degli immigrati irregolari attinti da provvedimento di espulsione, allontanamento coattivo, o trattenimento nei CIE;
 3. le prescrizioni dettate dalla direttiva, seppure basate sulla premessa che la decisione di rimpatrio, per essere conforme alla direttiva, dovrà basarsi su una “ponderata valutazione del singolo caso”, si risolvono in indicazioni che servono essenzialmente ad adeguare, solo formalmente, la motivazione degli atti amministrativi ai dettami comunitari;
- balzano agli occhi, in particolare, le indicazioni fornite dal ministero dell'interno, con riguardo al “rischio di fuga”, che, nell'impianto della direttiva comunitaria, costituisce il discrimine tra i casi nei quali potrà essere concesso allo straniero irregolare il termine per la partenza volontaria o, all'inverso, ordinato il rimpatrio. Secondo tali indicazioni, avrebbe dovuto essere lo straniero irregolare a dare dimostrazione, secondo un meccanismo di inversione dell'onere della prova che mal si concilia con i provvedimenti restrittivi della libertà personale che avrebbero potuto essere applicati in caso di mancata dimostrazione, della insussistenza del pericolo di fuga, “mediante la consegna di apposito carteggio” che avrebbe dovuto attestare condizioni difficili, se non impossibili, da provare, specie se si consideri che la condizione di irregolarità nel soggiorno ha una serie di conseguenze complessive con riguardo alla posizione giuridica dello straniero (si pensi, ad esempio, alle conseguenze penali a carico di chi dia in locazione un alloggio allo straniero irregolarmente soggiornante o lo assuma alle proprie dipendenze). Sarebbe stato, perciò, nella pratica, praticamente impossibile, se non in casi assolutamente marginali, che lo straniero avesse potuto dare prova della “disponibilità di adeguate garanzie finanziarie provenienti da fonti lecite, idonee allo scopo” o dell’“utilizzabilità di un alloggio stabile non precario”, per non parlare della dimostrazione della “linearità della sua condotta pregressa”, specie in considerazione del fatto che la “condotta pregressa” dello straniero irregolare si sarà per lo più svolta nel suo Paese di origine, o del “proprio concreto interesse a tornare quanto prima nel Paese d'origine o in un altro Paese terzo, senza più prolungare la permanenza irregolare sul territorio italiano”. Si tratta, nel loro complesso, di indicazioni, che, se da un lato attribuiscono agli operatori alcuni margini di discrezionalità, dall'altro finiscono nella pratica per escludere, nella generalità dei casi, la possibilità di concedere un termine per il rimpatrio volontario al cd. “migrante economico” irregolarmente soggiornante;
 - anche le indicazioni date con riguardo alle condizioni del trattenimento nei C.I.E. (che, si ricorda, è una forma di detenzione amministrativa nella pratica molto simile, se non ancora peggiore, della detenzione in carcere) si risolvono in dettami solo formali. La circolare precisa, anzitutto, che la misura del trattenimento “potrà essere adottata nei casi attualmente consentiti dalla legislazione nazionale”, come se nulla fosse cambiato, e che, “tuttavia, dalla lettura del provvedimento di trattenimento dovrà emergere che, nel caso concreto, non risulti possibile applicare altre misure meno

coercitive”, come se, tra l’altro, potessero essere applicate misure coercitive, ma “meno coercitive” del trattenimento nei CIE, in assenza di una specifica previsione legislativa.

Nella circolare emanata dal ministero dell’interno, aldilà dei singoli aspetti sopra sottolineati, si sente chiaramente l’eco di un’antica prassi fondata sull’idea di potere regolare il fenomeno dell’immigrazione con atti amministrativi non formalizzati e non chiaramente disciplinati dalla fonte di legge.

Il mancato recepimento in via legislativa della cd. direttiva rimpatri entro il termine ultimo da questa fissato ha fatto sorgere tra gli interpreti un acceso dibattito sulle sue conseguenze, specie con riguardo alle fattispecie criminose poste a presidio dell’ordine di allontanamento del questore (art. 14, co. 5 ter e co. 5 quater, TU), fattispecie, peraltro, che erano state, solo nel 2009, con l’emanazione del secondo “pacchetto sicurezza”, e dunque dopo l’emanazione della normativa comunitaria, riformate dal legislatore nel senso di una loro conservazione e, anzi, di una maggiore articolazione e ulteriore inasprimento delle pene.

Ciò che balzava agli occhi degli interpreti era innanzitutto un dato che poteva ritenersi pressoché pacifico, e che era esplicitamente riconosciuto anche nella circolare appena riportata, vale a dire la difformità tra la procedura italiana di rimpatrio e quella fissata, a livello europeo, dalla cd. direttiva rimpatri.

Il sistema italiano, come si è già accennato, e limitando il discorso al solo caso del migrante espulso a causa, solo, della sua posizione irregolare, e dunque all’espulsione disposta dal prefetto ai sensi dell’art. 13, co. 2, lett a) e b), del TU imm., era caratterizzato, innanzitutto, dal cd. automatismo espulsivo. In virtù di esso, accertati presupposti di cui alle lettere a) e b) dell’art. 13, co. 2, TU, il prefetto doveva automaticamente espellere lo straniero irregolarmente soggiornante.

In secondo luogo, il sistema dell’esecuzione dell’espulsione prefettizia contemplato dal TU al momento dello scadere del termine ultimo per il recepimento della cd. direttiva rimpatri era un sistema scalare, in virtù del quale la via principale per eseguire l’espulsione era l’accompagnamento dello straniero alla frontiera, disposto dal questore, ai sensi dell’art. 13, co. 4, TU, che disponeva che “L’espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al comma 5”.

Tale misura, esecutiva di un provvedimento prefettizio di espulsione caratterizzato da automatismo, comportante la limitazione della libertà personale⁵², e riguardante anche la situazione dell’immigrato irregolare in quanto tale, nel sistema del TU imm. vigente allo scadere del termine per il recepimento della direttiva rimpatri, era dunque la regola. Il che è a dire che la limitazione della libertà personale era la regola in tutte le situazioni di soggiorno irregolare.

L’eccezione alla regola era il trattenimento dello straniero espulso nei centri di identificazione ed espulsione, come previsto dal co. 1 dell’art. 14 del TU.

Nell’impianto del TU imm. vigente al momento dello scadere del termine ultimo per l’adeguamento della normativa interna alla direttiva comunitaria, il

52 La Corte Costituzionale, con la sent. n. 105 del 2001, ha affermato con chiarezza che l’accompagnamento dello straniero alla frontiera rientra nel novero delle misure comportanti limitazione della libertà personale, e, quindi, assoggettate alla riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost., ed ha pertanto dichiarato l’illegittimità costituzionale del co. 5 bis dell’art. 13 del TU imm., nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell’esecuzione del provvedimento, con le garanzie della difesa.

trattenimento nei CIE era condizionato dunque all'impossibilità di eseguire "con immediatezza" l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera in quattro ipotesi:

1. necessità di procedere al soccorso dello straniero,
2. ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità,
3. all'acquisizione di documenti per il viaggio,
4. indisponibilità di vettore.

La legge Bossi- Fini del 2002 aveva anche introdotto, come si è già detto, un ulteriore strumento esecutivo, rappresentato dall'ordine del questore allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni solo in presenza di un doppio presupposto (art. 14, co. 5 bis TU):

1. impossibilità di eseguire con immediatezza l'allontanamento mediante accompagnamento alla frontiera,
2. impossibilità di trattenere lo straniero in un CIE, ovvero, in alternativa, il decorso dei termini per il trattenimento senza avere eseguito l'allontanamento.

Il sistema scalare era dunque sostanzialmente questo. La regola era rappresentata dall'accompagnamento alla frontiera. Il trattenimento nei CIE poteva essere disposto dal questore solo in caso di impossibilità di immediata esecuzione del primo. L'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni poteva essere emanato solo nel caso di impossibilità dei primi due.

Al sistema delle espulsioni come sopra tratteggiato corrispondevano e corrispondono tuttora, seppure con le modificazioni che saranno di seguito analizzate, nell'impianto del TU, distinte fattispecie incriminatrici, con la funzione di porre la sanzione penale a presidio dei provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare.

La sanzione penale tutela, infatti, in sintesi, nei diversi reati:

1. il divieto di reingresso stabilito dalla legge come conseguenza del provvedimento di espulsione già eseguito (art. 13, co. 13, TU),
2. il provvedimento di espulsione da eseguirsi attraverso l'ottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, co. 5 ter e co. 5 quater, TU).

Per tutti questi reati, fino alle più recenti innovazioni legislative, introdotte con il d.l. 89 del 2011, che hanno sostituito la pena della reclusione originariamente prevista per le fattispecie di cui al punto 2 con quella della multa, attribuendone al contempo la cognizione al giudice di pace, era previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e il giudizio direttissimo.

Il sistema del TU imm. presentava profili di contrasto con quello tratteggiato dalla cd. direttiva rimpatri, dei quali almeno tre erano del tutto evidenti.

Innanzitutto, la cd. direttiva rimpatri non prevede un automatismo espulsivo rigido, contemplando, al contrario, una serie di ipotesi, all'art. 6, par. 2 – 5, di possibile deroga alla decisione di rimpatrio.

In secondo luogo, il TU non prevedeva che il decreto prefettizio, ossia l'atto corrispondente in qualche misura alla decisione di rimpatrio, potesse attribuire un termine per la partenza volontaria, salva l'ipotesi di cui all'art. 13, co. 5, TU, ed anzi esso doveva, come regola, essere immediatamente eseguito mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, mentre invece, nell'impianto della cd. direttiva rimpatri, il rimpatrio volontario doveva essere preferito a quello coattivo.

In terzo luogo, qualora non fosse possibile eseguire l'accompagnamento immediato alla frontiera, il TU imm., come si è visto, nel testo vigente al momento della scadenza del termine per l'adeguamento, disponeva che lo straniero fosse trattenuto presso un centro di identificazione ed espulsione (art. 14, co. 1, TU imm.), senza prevedere "misure sufficienti ma meno coercitive" che invece, secondo la direttiva, devono essere preferite ("salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate", come recita l'art. 15 della cd. direttiva rimpatri).

Scaduto il termine di recepimento della direttiva del 24 dicembre 2010, senza che fosse stato assunto alcun atto di adeguamento legislativo, il dibattito si era però soprattutto incentrato sulle conseguenze della mancata attuazione sulle fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU, vale a dire sulle fattispecie che erano posta a presidio del procedimento amministrativo di espulsione.

Pacifica, tra gli interpreti, perché evidente, la divergenza tra la procedura europea di rimpatrio disegnata dalla direttiva e la procedura di espulsione dettata dal TU imm., erano tuttavia diverse le opinioni in ordine alle conseguenze che tale divergenza doveva avere sulla legittimità delle fattispecie incriminatrici dettate dal legislatore italiano a tutela degli atti emanati nell'ambito della procedura medesima, e, in particolare, delle fattispecie che punivano, con la reclusione, l'inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore.

Secondo un primo orientamento (sostenuto, tra gli altri, dal Tribunale di Verona, sentenza del 18 gennaio 2011, est. Piziali, e dal Tribunale di Bologna, sentenza del 29 dicembre 2010, est. Palladino, Procura Generale di Torino, P.G. Maddalena, ricorso del 9 febbraio 2011), la direttiva comunitaria non avrebbe inciso sulle norme incriminatrici del TU imm., dal momento che in essa non si vieta al legislatore nazionale di prevedere sanzioni penali per la mancata obbedienza agli ordini di rimpatrio.

Nella sostanza, il ragionamento che accomuna queste decisioni è che la direttiva comunitaria non ha ad oggetto e non riguarda il trattamento penale dell'immigrato irregolare, ciò che sarebbe confermato anche dall'oggetto della direttiva stessa, vale a dire la disciplina delle "procedure comuni da applicarsi agli stati membri al rimpatrio di paesi di cittadini terzi il cui soggiorno è irregolare", che farebbe riferimento esclusivamente alle procedure amministrative.

Secondo un diverso e opposto orientamento (seguito dal Tribunale di Cagliari, sentenza 14 gennaio 2011, est. Renoldi, Tribunale di Torino, sentenza del 3 gennaio 2011, est. La Gatta, dalle Direttive emanate dai Procuratori della Repubblica di Firenze, Roma e Lecce rispettivamente in data 18 gennaio, 7 e 10 febbraio 2011, e dal modello di richiesta di archiviazione predisposto in data 13 gennaio 2011 dal Procuratore della Repubblica di Pinerolo), la cd. direttiva rimpatri avrebbe invece inciso direttamente sulla validità degli atti del procedimento di rimpatrio, e, dunque, sui presupposti del reato di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU imm.; in particolare, l'art. 7, par. 1, della direttiva avrebbe reso gli ordini di allontanamento illegittimi, imponendo al giudice di disapplicarli. Venuto, perciò, meno il presupposto del reato, il giudice avrebbe dovuto assolvere l'imputato perché il fatto non sussiste.

Secondo una diversa articolazione di questo orientamento (sostenuta dalla Procura Generale di Bologna, PG Candi, in una serie di appelli "*de libertate*" proposti a seguito di ordinanze di revoca di misure cautelari adottate nei confronti di imputati detenuti per violazione dell'art. 14, co. 5 ter, D.lgs. n. 286/1998), si sarebbe dovuto invece distinguere tra gli ordini di allontanamento antecedenti e quelli successivi al

24 dicembre 2010. I primi sarebbero stati legittimi ed efficaci, in quanto emessi in un'epoca anteriore a quella in cui la direttiva sarebbe divenuta applicabile, mentre i secondi, se emanati in difformità alle indicazioni contenute nella circolare interpretativa del Dipartimento di Pubblica Sicurezza del 17 dicembre 2010, sarebbero stati invece in contrasto con la normativa europea e quindi avrebbero dovuto essere disapplicati dal giudice, con conseguente pronuncia assolutoria nei confronti dell'imputato, perché il fatto non sussiste.

Una posizione ancora diversa era quella espressa dal Tribunale di Torino con la sentenza n. 11 del 4 gennaio 2011, in cui si sostiene che “gli effetti della normativa comunitaria attualmente vigente sulle fattispecie di cui all’art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm. appaiono più dirompenti. Si è già detto che con essi si introduce una sanzione penale nell’ambito della procedura amministrativa di espulsione. Pur in assenza di un espresso divieto del legislatore europeo a quello dello stato membro di prevedere come reato il fatto dello straniero che, colpito da una decisione di rimpatrio ai sensi dell’art. 6 della direttiva o da un successivo ordine di allontanamento emanato ai sensi dell’art. 8 § 3 della direttiva, non vi ottemperi, si deve sottolineare che esso prevede il raggiungimento dello scopo, “rimpatrio” del cittadino extracomunitario, attraverso misure gradatamente coercitive che culminano nella c.d. detenzione amministrativa *rectius* trattenimento presso i centri di permanenza temporaneo, o in istituti penitenziari, ove siano tenuti separati dai detenuti ordinari (art. 16) per un tempo limitato, non eccedente i 18 mesi, strettamente “necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio” (art. 15). Disciplina questa che non pare conciliabile con la previsione di una sanzione quale quella prevista dall’art. 14, per natura ed entità astratta più gravosa, comminabile in relazione ad un decreto di espulsione e ad un ordine di allontanamento rimasti ineseguiti e soprattutto emanati sulla base di presupposti diversi da quelli che sulla base della normativa europea legittimano atti amministrativi simili. Ne consegue che la norma contestata deve essere disapplicata perché in contrasto con la disciplina introdotta dalla direttiva comunitaria e l’imputato deve essere assolto dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.”

Secondo il ragionamento del giudice di merito, cioè, vi sarebbe stata incompatibilità tra la sanzione penale prevista dalla norma incriminatrice di cui all’art. 14, co. 5 ter e quater, TU, che punisce, con la reclusione, l’inottemperanza ad un atto assimilabile alla decisione di rimpatrio, e la scansione del procedimento di allontanamento dettato dalla cd. direttiva rimpatri, procedimento che contempla, come atto iniziale, come regola, la decisione di rimpatrio con la concessione di un termine per la partenza volontaria, e poi, in caso di inadempimento, una gradualità di misure, anche coercitive, ma tutte finalizzate e proporzionali all’allontanamento, culminanti nel trattenimento presso i CIE.

La conseguenza di tale ragionamento era, pertanto, non che dovesse essere disapplicato l’atto amministrativo illegittimo perché non conforme alla direttiva comunitaria, ma direttamente la norma incriminatrice di cui all’art. 14 TU imm.

Secondo una ulteriore tesi, sostenuta, in dottrina, da F. Focardi⁵³ e T. Epidendio⁵⁴, la cd. direttiva rimpatri non conterrebbe norme chiare e non condizionate, per la presenza di numerose riserve di intervento previste in diverse norme. I giudici

53 V. F. Focardi, *Direttiva rimpatri e art. 14 T.U. immigrazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

54 V. T. Epidendio, *Ancora sull’impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all’art. 14 co. 5 ter e quater d.lgs. 286/1998*, in www.penalecontemporaneo.it.

nazionali avrebbero pertanto solo potuto, e dovuto, sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale, per violazione dell'art. 117 della Costituzione, con riguardo ai singoli punti sui quali avessero ravvisato un contrasto tra la normativa interna e quella europea.

Un analogo orientamento (cfr. Tribunale di Milano, ordinanza 24 gennaio 2011 e Tribunale di Rovereto, ordinanza 27 gennaio 2011), invece, pur partendo dal presupposto, condiviso con l'orientamento precedente, secondo cui la cd. direttiva rimpatri non sarebbe chiara nel precludere l'imposizione di sanzioni penali come quelle nel TU imm., sosteneva che il giudice avrebbe dovuto sospendere il processo e rimettere la questione interpretativa, con rinvio per interpretazione pregiudiziale, alla Corte di Giustizia perché chiarisse se il testo degli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri fossero d'ostacolo o meno alle fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU.

In questo filone, si colloca anche la Corte di Cassazione, che, con ordinanza n. 11050 dell'8.3.2011, ha sollevato rinvio per interpretazione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

9. La pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011. Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore non è conforme alla disciplina della cd. direttiva rimpatri

Con pronuncia del 28.4.2011, la Corte di Giustizia Europea, ha deciso che “la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.”.

In conseguenza di ciò, “al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, co. 5-ter, di tale decreto legislativo”.

La Corte decideva sulla questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di appello di Trento con riguardo all'interpretazione degli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, illustrata nei seguenti termini:

«Se alla luce dei principi di leale collaborazione all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva [2008/115] ostino:

- alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata, con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente;
- alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa».

Poi, in un successivo passo della motivazione, la Corte sintetizza i quesiti posti alla sua attenzione:

“29 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.”⁵⁵

La Corte di Giustizia, dopo avere ripercorso le norme e i principi fissati dalla direttiva con riguardo al rimpatrio dello straniero irregolare e la normativa italiana, osserva che lo scopo della direttiva è quello di perseguire “l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”.

Per attuare questo scopo, prosegue la Corte, la direttiva “stabilisce le «norme e procedure comuni» che devono essere applicate da ogni Stato membro al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare.”

Subito dopo, la Corte si preoccupa di ricordare quali siano i limiti entro i quali gli Stati membri possano derogare a tali norme, facendo presente che a tali «norme e procedure comuni», gli Stati membri possono derogare solo alle condizioni previste dalla direttiva medesima, segnatamente quelle fissate al suo art. 4, vale a dire solo con disposizioni più favorevoli per i cittadini di Paesi terzi, purché compatibili con la direttiva:

“Di conseguenza, mentre il n. 3 di detto art. 4 riconosce agli Stati membri la facoltà di introdurre o di mantenere disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare rispetto a quelle stabilite dalla direttiva 2008/115, purché compatibili con quest'ultima, detta direttiva non permette invece a tali Stati di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina.”

Nel passaggio successivo, seppure con poche battute, la Corte si preoccupa di chiarire che le norme dettate nella direttiva rimpatri hanno diretta applicabilità nel diritto interno, sottolineando che:

“la direttiva 2008/115 stabilisce con precisione la procedura che ogni Stato membro è tenuto ad applicare al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e fissa la successione delle diverse fasi di tale procedura”.

Negli ulteriori passi della motivazione, la Corte analizza la procedura dettata dalla cd. direttiva rimpatri con specifico riguardo alla situazione posta alla sua attenzione, vale a dire quella dello straniero irregolarmente soggiornante espulso, che non

⁵⁵ Pare utile, sin da ora, fare rilevare che, con la sintesi effettuata con riguardo ai quesiti postile, in realtà, la Corte glissa in ordine alla prima questione, finendo per rispondere esclusivamente al secondo quesito, e lasciando, invece, aperta l'interpretazione in ordine alla possibilità che un passaggio intermedio della procedura di espatrio possa essere sanzionato penalmente con pena diversa dalla reclusione, questione particolarmente rilevante nel contesto normativo attuale, in cui, a seguito dell'emanazione del d.l. n. 89 del 2011, entrambe le fattispecie di reato di cui all'art. 14, co. ter e quater, TU, sono punite con la sanzione della multa, che sarà affrontata nei successivi capitoli.

collabori al rimpatrio, ovvero, nel caso specifico della normativa italiana, che non ottemperi all'ordine di allontanamento emesso dal questore ai sensi dell'art. 14, co. 5 ter, TU.

La Corte, innanzitutto, precisa che la procedura fissata dalla direttiva comunitaria prevede che, nella sua prima fase, sia di regola richiesto allo straniero irregolarmente soggiornante di collaborare, dal momento che la decisione di rimpatrio, si accompagna, di regola, ai sensi del suo art. 7, alla concessione di un termine per la partenza volontaria.

La Corte prosegue, poi, nel proprio ragionamento motivazionale, sottolineando che il successivo art. 8 della direttiva fissa le conseguenze della mancata collaborazione dello straniero espulso, conseguenze che definisce, innanzitutto, in termini di "obbligo" per lo Stato, vale a dire l'obbligo di procedere all'allontanamento, e poi in termini di poteri, vale a dire il potere di adottare misure "necessarie", vale a dire funzionali allo scopo dell'allontanamento, comprese, all'occorrenza, quelle coercitive, ma in modo proporzionato e rispettoso dei diritti fondamentali dell'individuo.

Le conseguenze sono dunque descritte dalla Corte in termini di obbligo innanzitutto per lo Stato, e poi, in termini di poteri, ma questi ultimi limitati funzionalmente dal primo, e, nel caso in cui si traducano in misure coercitive, secondo un uso proporzionato e rispettoso dei diritti fondamentali.

Proseguendo nel ragionamento, la Corte sottolinea che, dall'impianto della direttiva e, in particolare, dal suo art. 15, si deve ricavare che le misure devono essere "meno coercitive possibili" e che è possibile ricorrere al trattenimento solo quando "l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato".

Continuando, la Corte illustra i principi dettati in materia di trattenimento e così, in particolare, sintetizza il principio di proporzionalità:

"Emerge da quanto precede che la successione delle fasi della 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 in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità."

Fatte queste premesse, la Corte procede nella valutazione della risposta dello Stato italiano, ricordando, in primo luogo, che la direttiva non è stata trasposta nell'ordinamento interno, e, poi, che i singoli sono legittimati ad invocare contro lo Stato membro inottemperante le disposizioni della direttiva "che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise".

Ciò che deve ritenersi, con riguardo alle disposizioni contenute negli artt. 15 e 16 della direttiva, che sono "incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto".

Dopo queste premesse, la Corte esamina il caso postole all'attenzione, premettendo che esso rientra nell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva, riguardando un individuo, irregolarmente soggiornante nel territorio nazionale e destinatario di ordine di allontanamento emesso dall'autorità amministrativa, il questore, in ragione della sua condizione di irregolarità.

La Corte sottolinea, dunque, la divergenza tra la procedura dettata dalla cd. direttiva rimpatri, che prevede, come regola, la concessione di un termine per la partenza volontaria, e quella dettata dalla normativa interna, che invece non prevede tale misura.

La Corte definisce, poi, lo spazio di autonomia dello Stato membro con riguardo alle misure, anche penali, da adottare:

“52 Per quanto riguarda, poi, le misure coercitive che gli Stati membri possono adottare ai sensi dell'art. 8, n. 4, della direttiva 2008/115, in particolare l'accompagnamento coattivo alla frontiera previsto all'art. 13, comma 4, del decreto legislativo n. 286/1998, è giocoforza constatare che, in una situazione in cui tali misure non abbiano consentito di raggiungere il risultato perseguito, ossia l'allontanamento del cittadino di un paese terzo contro il quale sono state disposte, gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati.”.

Si tratta, dunque, di uno spazio residuale (“in una situazione in cui tali misure non abbiano consentito di raggiungere il risultato perseguito, ossia l'allontanamento del cittadino di un paese terzo contro il quale sono state disposte”), confinato all'ipotesi che le misure coercitive non abbiano conseguito il risultato dell'allontanamento e a scopo dissuasivo (“atte segnatamente a dissuadere”).

Poi, la Corte inizia un ragionamento sillogistico, la cui premessa maggiore è costituita dai rapporti, con specifico riferimento all'immigrazione clandestina, tra la normativa penale interna e quella comunitaria, chiarendo che la prima “non può compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile”.

Poi, la Corte, come premessa minore del ragionamento sillogistico, tratta specificamente la questione della direttiva rimpatri, chiarendo che, per essa, l'uso di misure coercitive è subordinato “al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia”:

Infine, la Corte trae le conclusioni dalle due premesse, affermando che gli Stati membri non possono (perché ciò contrasterebbe con l'effetto utile della direttiva), introdurre una pena detentiva solo perché il cittadino di un Paese terzo non ottemperi, nel termine concessogli, all'ordine di lasciare il territorio nazionale, dovendo, invece, in tal caso, lo Stato continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio.

Conclusioni che poi chiarisce ulteriormente, nel senso che la detenzione contrasterebbe con l'efficacia della politica di allontanamento e rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, rischiando di “compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare”.

In chiusura, la Corte ribadisce l'affermazione che aveva già in precedenza reso, con riguardo allo spazio del diritto penale:

“Ciò non esclude la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare.”.

La decisione della Corte è per certi versi incompleta o ambigua.

Il senso “minimo” certamente ricavabile dalla sentenza è che lo Stato membro non possa prevedere norme penali che contrastino con lo scopo della direttiva, che è quello di eseguire l’allontanamento, ciò che si verifica senz’altro quando, come nel caso della norma censurata, preveda la sanzione della reclusione per la violazione di un atto della procedura di rimpatrio.

Allo stesso tempo, vi sono, nella decisione della Corte, alcune ambiguità, che, forse erano annunciate dalla sintesi che la Corte fa dei quesiti posti alla sua attenzione, una sintesi che le permette di non rispondere al quesito riguardante “la possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata, con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente”.

Il quesito riguardava specificamente la possibilità dello Stato membro di introdurre sanzioni penali, anche non detentive, all’interno (“per violazione di un passaggio intermedio”) della procedura di rimpatrio.

È un quesito, questo, a cui la Corte non risponde e che avrebbe, invece, effetti relevantissimi con riguardo sia alla fattispecie di cui all’art. 10 bis TU, che alle nuove fattispecie di cui all’art. 14, co. 5 ter e quater, riformulate dal d.l. n. 89 del 2011, che attualmente prevedono una sanzione pecuniaria, sanzione, che, dunque non è più di ostacolo alla esecuzione del rimpatrio.

Il quesito di fondo, a cui la Corte, abilmente, non risponde, è quello riguardante lo spazio del diritto penale, ovvero se, a seguito dell’emanazione della cd. direttiva rimpatri, sia possibile che lo Stato membro preveda sanzioni penali in funzione servente rispetto agli atti amministrativi della procedura di rimpatrio.

In effetti, la Corte introduce nella motivazione della sentenza ben due affermazioni, del tutto analoghe, con riguardo allo spazio del diritto penale, che sembrano volerlo confinare all’ipotesi residuale in cui le misure coercitive non abbiano conseguito il risultato dell’allontanamento dello straniero.

E, tuttavia, la Corte non segue fino in fondo e sviluppa ulteriormente il ragionamento, fino ad escludere, esplicitamente, che lo Stato membro possa prevedere sanzioni penali nel corso e a servizio degli atti della procedura amministrativa.

In modo analogo, ma forse le due questioni sono legate, la Corte, dopo avere enunciato il principio della inderogabilità *in peius* delle norme della direttiva comunitaria, non trae da ciò alcuna conseguenza, conseguenza che invece avrebbe potuto trarre anche con riguardo a tutte le norme penali che si inseriscono in funzione servente rispetto agli atti amministrativi finalizzati all’allontanamento, norme che, indubbiamente, rappresentano una deroga *in peius* della procedura fissata dalla cd. direttiva rimpatri.

Occorre anche notare che la Corte di Cassazione ha ritenuto che, per effetto della decisione della Corte Europea di Giustizia, si è verificato un fenomeno di sostanziale *abolitio criminis* della fattispecie incriminatrice, con la conseguenza che il giudice di merito dovrà adottare una sentenza di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, e con la conseguente revoca della sentenza di condanna già emessa ai sensi dell’art. 673 c.p.p.⁵⁶

56 V., Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, secondo la quale “La condotta di ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore, posta in essere prima della scadenza dei termini per il recepimento della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del

Quest'orientamento della Corte di Cassazione è stato confermato in alcune recenti sentenze dei giudici di merito, anche dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.⁵⁷

Deve infine essere rilevato che la Corte Europea di Giustizia ha di recente confermato il proprio orientamento, con la sentenza n. C-329/11 del 6 dicembre 2011, nella quale ha nuovamente interpretato la cd. direttiva rimpatri, nel senso che essa osti "alla normativa di uno Stato membro che reprime il soggiorno irregolare mediante sanzioni penali, laddove detta normativa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo che, pur soggiornando in modo irregolare nel territorio di detto Stato membro e non essendo disposto a lasciare tale territorio volontariamente, non sia stato sottoposto alle misure coercitive di cui all'art. 8 di tale direttiva, e per il quale, nel caso in cui egli sia stato trattenuto al fine di preparare e realizzare il suo allontanamento, la durata massima del trattenimento non sia stata ancora superata;" e che essa invece non osti "a siffatta normativa laddove essa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio stabilita da tale direttiva e che soggiorni in modo irregolare in detto territorio senza che sussista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio."

La Corte, con tale decisione, ha perciò confermato l'incompatibilità con la cd. direttiva rimpatri, della reclusione penale, in ragione dell'irregolarità del soggiorno, in pendenza del procedimento amministrativo di rimpatrio, e, invece, la compatibilità con essa nel caso in cui la procedura si sia esaurita, ma, anche in questo caso, non si è esplicitamente pronunciata sulla questione se sia compatibile con tale direttiva anche una sanzione penale, diversa dalla reclusione, in ragione, solo, dell'irregolarità del soggiorno, nel corso della procedura di rimpatrio.

16 dicembre 2008, non è più prevista dalla legge come reato, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia che ha affermato l'incompatibilità della norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma quinto-ter, D. Lgs. n. 286/1998 con la predetta normativa comunitaria, determinando la sostanziale "abolitio criminis" della preesistente fattispecie, con la conseguente applicazione, per via di interpretazione estensiva, della previsione di cui all'art. 673 cod. proc. pen. (cfr. Corte di Giustizia U.E., 28 aprile 2011, El Dridi, C - 61/11PPU)".

57 V., tra le numerose sentenze di merito, quella del Tribunale di Pinerolo del 14.7.2011, di cui, per l'efficacia e chiarezza delle argomentazioni, si riporta la parte più importante della motivazione: "Ed invero, per quanto più sopra osservato, la fattispecie di reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 268/1998 vigente all'epoca del fatto per cui è processo è stata sostanzialmente abrogata dalla c.d. direttiva rimpatri nel momento in cui sono divenute efficaci nell'ordinamento interno le relative norme, incompatibili con tale previsione, vale a dire il 25.12.2010. E' indubbio, pertanto, che dal quel momento il fatto ascritto all'odierno imputato non era più previsto dalla legge come reato per intervenuta abolitio criminis - come la stessa Corte di legittimità ha medio tempore ha avuto di affermare - sicché un'eventuale nuova incriminazione dello stesso introdotta a sei mesi di distanza (qualora così dovesse interpretarsi la corrispondente disposizione oggi vigente) non potrebbe che disporre per l'avvenire. Se così fosse, di fatti, il fenomeno di successioni delle leggi nel tempo avrebbe avuto la seguente scansione: reato punito con pena detentiva sino al 24.12.2010; fatto penalmente irrilevante in epoca successiva e sino al 23.6.2011; reato punito con pena pecuniaria dal 24.6.2011. Dovrebbe, pertanto, farsi pur sempre applicazione del disposto di cui all'art. 2, comma 2, c.p, posto che un fenomeno abrogativo dell'illecito penale seguito da una non contestuale nuova incriminazione dello stesso fatto spezza quella continuità normativa che è invece presupposta dal meccanismo di applicazione retroattiva della lex mitior, pena, altrimenti, una inammissibile - ed incostituzionale - retroattività della nuova legge incriminatrice a fatti medio tempore privi di rilevanza penale."

10. Il decreto legge n. 89 del 23.6.2011, convertito in legge con legge n. 129 del 2.8.2011. Una normativa dettata con la finalità di adeguare la disciplina interna alla cd. direttiva rimpatri

Il decreto legge n. 89 del 2011, emanato con la dichiarata finalità di adeguare la normativa italiana a quella dettata dalla cd. direttiva rimpatri, specie a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011, analizzata al paragrafo che precede, contiene importanti innovazioni sia con riguardo al procedimento amministrativo di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante, sia con riguardo alle fattispecie penali a questo in vario modo collegate.

I presupposti delle espulsioni ordinate in via amministrativa, disposte dal ministro dell'interno e dal prefetto nei casi rispettivamente contemplati dai commi 1 e 2 dell'art. 13 TU, rimangono sostanzialmente invariati, se non per la previsione dell'espulsione prefettizia anche nelle ipotesi, prima non contemplate, di diniego di rilascio del permesso di soggiorno e di violazione della disciplina dei soggiorni di breve durata concessi per visite, affari, turismo e studio, e per la previsione della possibilità di non disporre l'espulsione per lo straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne.

Sono invece rilevanti e degne di maggiore approfondimento le novità relative all'esecuzione del provvedimento di espulsione.

Fermo restando che, come era già in precedenza previsto, il co. 3 dell'art. 13 prevede che l'espulsione è disposta dal prefetto con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato, il nuovo testo del co. 4 dello stesso art. 13 TU, contiene, infatti, una elencazione dei casi tassativi in cui l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Il riformato art. 13, co. 4, TU prevede, infatti, l'accompagnamento coattivo alla frontiera nei seguenti casi:

- a) nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2, lettera c) dello stesso articolo, ovvero all'art. 3, co. 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, vale a dire nei casi di espulsione disposta dal ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato e nel caso dell'espulsione prefettizia dello straniero "pericoloso";
- b) quando sussiste il rischio di fuga, di cui al co. 4 bis dello stesso articolo;
- c) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;
- d) qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria, di cui al co. 5 dello stesso articolo;
- e) quando lo straniero abbia violato anche una delle misure di cui al co. 5.2 dell'art. 13 e di cui all'art. 14, co. 1 bis, vale a dire delle misure disposte dal questore nel caso sia stato concesso, o meno, allo straniero espulso, un termine per la partenza volontaria;
- f) nelle ipotesi di cui agli articoli 15 e 16 del TU imm. e nelle altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale;
- g) nell'ipotesi di cui al co. 5.1., vale a dire nel caso in cui lo straniero espulso non abbia richiesto un termine per la partenza volontaria.

Il successivo co. 4-*bis* dell'art. 13 TU, richiamato nel co. 4, lett. b), dell'art. 13 TU imm., contiene una elencazione delle circostanze “da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione”, il cui ricorrere “configura il rischio di fuga”.

Tali circostanze sono:

- a) il mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità;
- b) la mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) l'aver, lo straniero espulso, in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità;
- d) il non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'art. 14;
- e) l'aver violato anche una delle misure di cui al co. 5.2.

Il co. 5 dello stesso articolo prevede che lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione, nel caso in cui non ricorrano le condizioni che legittimano l'accompagnamento alla frontiera, possa richiedere la concessione di un termine per la partenza volontaria. In tal caso, il prefetto, valutato il singolo caso, intima allo straniero di lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni.

Al fine di consentire allo straniero di esercitare la facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, il successivo co. 5.1 prevede che la questura dia allo straniero adeguata informazione di tale facoltà.

Le successive norme dello stesso art. 13 TU sono dettate al fine di assicurare l'effettività del rimpatrio, nel caso in cui il prefetto abbia concesso un termine per la partenza volontaria.

Innanzitutto, a norma del co. 5.2, laddove sia stato concesso un termine per la partenza volontaria, il questore chiede allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo.

Lo stesso comma prevede, poi, che il questore possa disporre, con provvedimento motivato, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Il provvedimento adottato dal questore è immediatamente efficace, dal momento della notifica all'interessato, ed è comunicato, per la successiva convalida, entro 48 ore, al giudice di pace competente per territorio, il quale, ricorrendone i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore.

Lo stesso comma sopra richiamato contempla la possibilità che la misura applicata dal questore e convalidata dal giudice di pace possa essere successivamente revocata o modificata dallo stesso giudice, che, a tal fine, deve sentire il questore.

Il contravventore a tali misure commette il nuovo reato contemplato dallo stesso comma sopra citato, vale a dire il reato contravvenzionale, punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro, di competenza del giudice di pace. Si tratta di una fattispecie incriminatrice assolutamente nuova, introdotta dunque dal legislatore del 2011, nel

caso in cui lo straniero al quale sia stato concesso un termine per il rimpatrio volontario violi le misure adottate dal questore per assicurare l'effettività del rimpatrio.

Nell'ipotesi di accertamento del reato, il questore esegue la successiva espulsione, anche mediante le modalità previste all'art. 14, vale a dire mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, e non è richiesto il nulla osta all'espulsione da parte dell'autorità giudiziaria competente.

Vale la pena sottolineare che, in questa ipotesi, contrariamente a quanto accade con riguardo ad altre fattispecie di reato in tema di immigrazione irregolare affidate alla competenza del giudice di pace, non è prevista la possibilità che il giudice di pace competente all'accertamento del reato possa comminare anche la sanzione sostitutiva della espulsione. Ciò, con ogni probabilità, si spiega in ragione della previsione, sopra riportata, che il questore, in questo caso, possa provvedere all'esecuzione dell'espulsione direttamente con le modalità di cui all'art. 14 del testo unico.

L'art. 13 del testo unico, così come modificato dal decreto legge n. 89 del 2011, si caratterizza, pertanto, per una sostanziale marginalizzazione delle ipotesi in cui il provvedimento di espulsione prevede la concessione di un termine per la partenza volontaria, per la previsione, in quest'ultimo caso, della facoltà, in capo al questore, di adottare una serie di provvedimenti restrittivi della libertà personale immediatamente esecutivi, ancorché soggetti al procedimento di convalida da parte del giudice di pace, e per la previsione di una distinta e nuova fattispecie di reato, pure di competenza del giudice di pace, nel caso in cui lo straniero a cui sia stato concesso in termine per partenza violi le prescrizioni impostegli.

In particolare, occorre, già a questo punto, sottolineare che il prefetto non può concedere il termine per la partenza volontaria nel caso in cui lo straniero irregolarmente soggiornante non abbia idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato.

Si tratta di una previsione, dettata in sintonia con la circolare del ministero dell'interno n. 8802 analizzata nel par. 8, che relegherà, nella pratica, la concessione del termine per la partenza volontaria ad ipotesi assolutamente marginali.

Ciò soprattutto se si considerano le previsioni dell'art. 12, co. 5 e co. 5 bis, TU che puniscono le condotte di chi favorisce la permanenza dello straniero irregolare, ovvero gli dà alloggio o cede, anche in locazione, un immobile, a titolo oneroso.

Attraverso la previsione contenuta nella lettera b) del co. 4 *bis* dell'art. 13 TU, il legislatore finisce per subordinare, di fatto, la concessione del termine per la partenza volontaria ad una sorta di onere di denuncia da parte dell'immigrato irregolarmente soggiornante, al quale, essendo richiesto di offrire idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio, si chiede nella sostanza di denunciare chi gli abbia offerto ospitalità o ceduto, anche in locazione, tale alloggio.⁵⁸

Si tratta, con tutta evidenza, di una norma che, al di là del dato testuale, relega ad ipotesi del tutto marginali la possibilità, per il prefetto, di concedere all'immigrato irregolare un termine per la partenza volontaria, dal momento che, nella generalità

58 Occorre peraltro ricordare che, sulla base dell'interpretazione offerta, al par. 4, del reato di cui all'art. 12, co. 5 bis, TU imm., non potranno essere considerate punibili le condotte di cessione, a titolo oneroso, di immobile allo straniero irregolarmente soggiornante quando non siano accompagnate da ingiustificati squilibri del sinallagma contrattuale in favore del cedente.

dei casi, le condizioni dell'alloggio dell'immigrato non sono in alcun modo regolate formalmente né possono essere ricavate da "idonea documentazione".⁵⁹

Il successivo art. 14 TU imm. pure è stato ampiamente modificato e integrato dal decreto legge n. 89 del 2011.

L'art. 14, intitolato "esecuzione dell'espulsione", regola, in senso stretto, il caso, che, come si è visto sopra, sarà, nella pratica, certamente il più frequente, in cui l'espulsione, disposta dal prefetto, debba essere eseguita coattivamente, vale a dire mediante accompagnamento alla frontiera dello straniero irregolare o mediante trattenimento nei CIE.

Il primo co. dell'art. 14, con un'inversione logica, non si occupa propriamente dell'esecuzione dell'espulsione, ma, piuttosto, del caso, in cui, dovendosi eseguire l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, ciò non sia possibile, vale a dire dell'ipotesi di ineseguibilità dell'espulsione, prevedendo, in riferimento a tale ipotesi, una serie di situazioni che legittimano il trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione, vale a dire:

1. le condizioni indicate all'art. 13, co. 4 bis,
2. le condizioni riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero,
3. le condizioni riconducibili alla necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità,
4. le condizioni riconducibili alla necessità di acquisire i documenti per il viaggio,
5. le condizioni riconducibili alla necessità acquisire la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

Riferendosi al solo caso specifico dello straniero espulso in possesso di passaporto o altro documento equipollente, e non "pericoloso" il successivo co. 1 bis dell'art. 14 TU prevede che il questore possa disporre, in luogo del trattenimento presso un CIE, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Anche per in questa ipotesi, come in quella contemplata dall'art. 13 co. 5.2, è previsto che la misura adottata dal questore abbia immediata efficacia, e che sia sottoposta alla successiva convalida da parte del giudice di pace. Assolutamente identica è anche la previsione della necessaria dialettica tra il giudice di pace e il questore con riguardo alla eventuale revoca e modifica della misura ed alle conseguenze in caso di sua trasgressione, con la previsione, anche in tale caso, di

⁵⁹ Non mancano, tuttavia, i provvedimenti del giudice di pace di annullamento del decreto di espulsione emesso dal prefetto, e del conseguente ordine di accompagnamento coattivo alla frontiera, emesso dal questore, nel caso in cui il giudice ravvisi, nel merito, la dimostrazione, da parte dello straniero irregolare, di una stabile dimora nel territorio nazionale. V, ad esempio, l'ordinanza n. 945 del 26 settembre 2011 emessa dal Giudice di Pace di Siracusa in si legge, in motivazione: "Nel caso di specie il Prefetto ha ritenuto la sussistenza del pericolo di fuga di cui al comma 4 lett. b) quale elemento ostativo alla concessione del termine per la partenza volontaria individuandolo nella mancanza "di stabile dimora nel territorio dello stato ove possa essere rintracciato". Tale circostanza pur tuttavia è smentita dalla produzione in atti attestante la vigenza in capo al ricorrente, sino al 31.08.2014, di un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo in *** nonché di un valido passaporto. La mancata ricorrenza di alcune delle altre circostanze previste dal precitato art. 4 rende illegittima la omessa concessione del termine per la partenza volontaria indi il decreto di espulsione siccome pronunciato che va pertanto annullato."

un'autonoma e nuova figura di reato, anch'essa attribuita alla competenza del giudice di pace.

Nulla è cambiato con riguardo al procedimento di convalida, dinanzi al giudice di pace, del provvedimento del questore che dispone il trattenimento dello straniero irregolare, presso il CIE, disciplinato dai commi 3 e 4 dell'art. 14 TU.

Il decreto legge n. 89 del 2011 ha invece riformulato il co. 5 dello stesso articolo, che regola la scansione ed i termini temporali della permanenza dello straniero nel CIE.

Ai sensi del riformulato co. 5 dell'art. 14, la sola iniziale convalida da parte del giudice di pace comporta la permanenza presso il centro per un periodo iniziale di trenta giorni.

Una prima proroga della permanenza può essere disposta dal giudice di pace, su richiesta del questore, qualora si riscontrino "gravi difficoltà" con riguardo all'accertamento dell'identità e della nazionalità dello straniero ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio.

Fin qui, nella cambia rispetto al testo dei commi 1 e 4 dell'art. 14, nella versione che era dettata dalla legge Bossi - Fini e che aveva resistito anche alle successive modifiche.

Trascorso questo successivo termine di trenta giorni, il nuovo testo del TU prevede che, qualora permangano le condizioni indicate al co. 1, vale a dire non sia ancora possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore può chiedere una seconda proroga del trattenimento di sessanta giorni.

Trascorso anche questo termine, qualora persistano le condizioni di cui al quarto periodo, vale a dire le stesse condizioni che hanno legittimato la seconda proroga, contemplata, per l'appunto, dal quarto periodo, e con le stesse modalità di questa proroga, può essere concessa dal giudice di pace, su richiesta del questore, una terza proroga di ulteriori sessanta giorni.

Occorre dunque rilevare che, dopo il periodo iniziale di trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta qualora si riscontrino "gravi difficoltà" con riguardo all'accertamento dell'identità e della nazionalità dello straniero ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, le successive proroghe di sessanta giorni, fino al totale di centottanta giorni, vengono fatte dipendere da condizioni meno stringenti di quelle che legittimano la prima proroga.

È un sistema non solo poco razionale, ma anche divergente rispetto alla disciplina che era stata dettata solo due anni prima con il "pacchetto sicurezza" del 2009, che, come, si è visto nel Cap. I, par. 6, prevedeva che una prima proroga di sessanta giorni potesse essere concessa solo in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, e la successiva, e ultima, solo nel caso di permanenza di tali condizioni, nonostante fosse stato compiuto ogni ragionevole sforzo.⁶⁰

60 Peraltro, già nella vigenza della precedente disciplina, dettata dal cd. "pacchetto sicurezza" del 2009, la migliore dottrina aveva avanzato interpretazioni molto rigorose e restrittive dei requisiti legittimanti la proroga del trattenimento. V., sul punto, P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso e permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4 del

Il co. 5 dell'art. 14 TU contiene, poi, nella formulazione attualmente vigente, la previsione del termine massimo di ulteriori dodici mesi, attraverso successive proroghe di sessanta giorni ciascuna, qualora non sia stato possibile procedere all'allontanamento, alla condizione che sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi.

La mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato e il ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, che erano le condizioni a cui era subordinata la prima e, unitamente alla condizione che fosse stato compiuto "ogni ragionevole sforzo", la seconda proroga di sessanta giorni nel "pacchetto sicurezza" del 2009, divengono, perciò, per effetto dell'attuale formulazione della norma, le condizioni per la concessione delle proroghe successive allo scadere del primo termine di centottanta giorni, che, peraltro, nello stesso pacchetto sicurezza, era anche il termine massimo della detenzione nei CIE.

È chiaro l'intento del legislatore del 2011 di allungare notevolmente i tempi di trattenimento nei CIE anche rispetto alla riforma del "pacchetto sicurezza" varato solo due anni prima.

Il successivo co. 5 bis disciplina il caso in cui non sia stato possibile trattenere lo straniero irregolare presso il CIE, ovvero anche la permanenza presso il centro non ne abbia consentito l'allontanamento, prevedendo, nell'una come nell'altra ipotesi, che il questore ordini allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni.

La violazione dell'ordine di allontanamento del questore, analogamente a quanto avveniva prima della pronuncia della Corte di Giustizia Europea, del 28.4.2011, costituisce reato, ma il decreto n. 89 del 2011 ha riformulato la fattispecie contenuta nel co. 5 ter dell'art. 14.

La struttura della fattispecie incriminatrice ricalca quella della precedente incriminazione, prevista dal previgente testo dell'art. 14, co. 5 ter, TU.

2009, pagg. 85 – 128, in cui si legge, che: "*la mancata collaborazione dello straniero al rimpatrio allude alla sola collaborazione che potrebbe materialmente compiere uno straniero allorchè sia trattenuto in un Centro di identificazione ed espulsione, cioè quella di fornire alle autorità le proprie esatte generalità, di indicare come e dove siano reperibili i suoi documenti di identificazione necessari per il viaggio e di collaborare con le autorità consolari del suo paese. Perciò al fine di dimostrare la mancata collaborazione al rimpatrio occorre riferirsi a due tipi di elementi. Da un lato ci si riferisce ad elementi precisi e concreti dai quali risultino date, luoghi e modi in cui le autorità italiane hanno chiesto la collaborazione dello straniero, l'avvenuta comprensione di quest'ultimo delle conseguenze della sua mancata collaborazione, il tipo di risposte date dallo straniero interpellato, il tipo di verifiche svolte sulle sue eventuali dichiarazioni e gli esiti delle stesse, nonché l'attualità della mancata collaborazione[...]. Dall'altro ci si riferisce ad elementi concreti di carattere doloso addebitabili allo stesso straniero[...]. Circa il ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei paesi terzi occorre riferirsi da un lato ad elementi precisi e concreti dai quali risultino date e modi in cui le autorità italiane hanno chiesto una determinata documentazione ad un determinato paese straniero ai fini dell'esecuzione dell'accompagnamento e del rinvio al paese stesso e dall'altro ad un mancato ottenimento della documentazione richiesta a causa di un ritardo addebitabile effettivamente alle autorità straniere interpellate [...] il trattenimento è ulteriormente prorogabile soltanto se sia stato compiuto davvero ogni ragionevole sforzo[...] occorrerà dimostrare quanti e quali sforzi siano stati intrapresi e che non sia ragionevolmente possibile fare altro sforzo[...]*".

Ad essere incriminata è la condotta della straniero irregolarmente soggiornante che violi “l'ordine di cui al comma 5-bis”, vale a dire l'ordine di allontanamento del questore.

La Corte di Cassazione ha però già avuto modo di affermare che la nuova fattispecie incriminatrice contenuta nell'art. 14, co. 5 ter, TU imm., non può dirsi in continuità normativa con la precedente versione, in tal modo confermando l'*abolitio criminis* già determinatasi per effetto del mancato recepimento della cd. direttiva rimpatri, e ciò “non solo per il distacco temporale intercorso fra l'emanazione della nuova normativa e l'emissione della direttiva comunitaria, ma anche per la diversità strutturale dei presupposti e la differente tipologia della condotta richiesta per integrare l'illecito penale in esame. Invero, in base alla nuova normativa, all'intimazione di allontanamento può pervenirsi solo dopo l'esito infruttuoso dei meccanismi agevolatori della partenza volontaria ed allo spirare del periodo di trattenimento presso un centro a ciò deputato”.⁶¹

Si tratta, dunque, secondo il ragionamento della Corte di Cassazione, di una nuova incriminazione, applicabile come tale solo ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, e ciò sulla base, essenzialmente, non della diversità della condotta incriminata, consistente sempre nella violazione dell'ordine di allontanamento emesso dal questore, ma della diversità dei presupposti normativi della fattispecie, vale a dire del procedimento amministrativo di rimpatrio nel quale si colloca l'ordine di allontanamento.⁶²

La diversità rispetto al precedente testo dell'art. 14, co. 5 ter, TU riguarda anche il trattamento sanzionatorio, dal momento che, mentre quest'ultimo prevedeva la pena della reclusione, con una modulazione interna del minimo e massimo della pena, che dipendeva dalle ragioni che avevano determinato la irregolarità del soggiorno, l'attuale testo della norma in esame prevede in ogni caso la pena della multa, con una diversificazione dei limiti edittali della pena, a seconda che l'espulsione sia stata disposta ai sensi dell'art. 13, co. 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'art. 14-ter, vi si sia sottratto; ovvero che sia stata disposta in base all'art. 13, co. 5, caso, quest'ultimo, in cui i limiti edittali sono meno elevati.

È stata introdotta, dunque, una articolazione interna dei limiti edittali di una unica fattispecie di reato.

La diversificazione, sulla base del tenore letterale della norma, non dipende più dalle ragioni dell'irregolarità del soggiorno, ma, invece, dal tipo di provvedimento

61 V. Cass., Sez. I, sent. n. 36446 del 10 ottobre 2011.

62 Il ragionamento svolto dalla Corte di Cassazione è stato preceduto da alcune sentenze di merito, tra le quali, per la chiarezza espositiva, pare utile citare quella del Tribunale di Torino n. 1805 del 27 giugno 2011, in cui si legge: “Nel caso oggi in esame - pur nella continuità strutturale tra le fattispecie incriminatrici in origine previste dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 e quelle considerate dal D.L. n. 89/2011- sono effettivamente ravvisabili vari indici di discontinuità del tipo di illecito, essendo - da un lato - mutata profondamente la procedura amministrativa che costituisce il presupposto del reato ed essendo - dall'altro lato - insorta la necessità di intervenire con un decreto legge su tutta la materia, in conseguenza di un inadempimento di un obbligo comunitario (certificato dalla Corte di Giustizia e da svariate sentenze di giudici di merito e di legittimità). E, allora, il silenzio del legislatore sui profili di diritto intertemporale non può che assumere un preciso significato: quanto ai fatti precedenti all'entrata in vigore del d.l. n. 89/2011, il legislatore italiano intende rimettersi alla decisione della Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 2011, cd. caso El Dridi.”

di espulsione che si trova alla base e legittima il conseguente ordine di allontanamento del questore.

In caso di espulsione disposta ai sensi dell'art. 13, co. 4, la pena è maggiore, nei limiti edittali minimo e massimo, del caso in cui l'espulsione è stata disposta in base all'art. 13, co. 5.

In sostanza, la diversità del trattamento sanzionatorio finisce per dipendere dalla circostanza che non sia stato concesso allo straniero irregolarmente soggiornante un termine per la partenza volontaria (ipotesi disciplinata dall'art. 13, co. 4, TU), ovvero che tale termine sia stato originariamente concesso (ipotesi disciplinata dall'art. 13, co. 5, TU), ma ciononostante, deve logicamente ritenersi, lo straniero non abbia entro tale termine lasciato il territorio nazionale, e, perciò, il questore ne abbia successivamente ordinato l'allontanamento.

A questa seconda ipotesi, è assimilato, sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, il caso dello straniero che si sia sottratto ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'art. 14-ter TU.

Analogamente a quanto accadeva nel testo della norma incriminatrice previgente, la fattispecie incriminatrice contiene la previsione della circostanza esimente del “giustificato motivo”.

Tranne nel caso che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, il prefetto procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione, per inottemperanza all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del co. 5 bis, la cui violazione integra la nuova fattispecie incriminatrice prevista dal co. 5 quater.

La fattispecie incriminatrice dettata dal nuovo art. 14, co. 5 quater, TU si differenzia dall'analoga fattispecie dettata dallo stesso articolo nel testo del TU previgente sotto due profili:

1. la descrizione della condotta;
2. il trattamento sanzionatorio.

Sotto il primo profilo, il mutamento rispetto al testo previgente, nel quale la condotta incriminata era quella del “continuare a permanere illegalmente nel territorio nazionale”, si caratterizza per la volontà del legislatore di dare una connotazione in termini di omissione alla condotta incriminata.

Inoltre, mentre la previgente fattispecie incriminatrice presupponeva che fossero emanati un provvedimento di espulsione del prefetto ed un nuovo ordine di allontanamento da parte del questore, la nuova norma incriminatrice non fa più riferimento a tale atto, ed anzi si connota come violazione dell'ordine di espulsione emesso dal prefetto, legittimando, perciò, sulla base del suo tenore letterale, l'interpretazione per cui la fattispecie deve ritenersi integrata a prescindere dalla emanazione del nuovo ordine di allontanamento da parte del questore.

L'aggiunta, poi, della esimente del “giustificato motivo” è una evidente e dichiarata risposta alla recente sentenza della Corte Costituzionale, la n. 359 del 2010, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non disponeva che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente co. 5 ter, fosse punita solo nel caso in cui avesse luogo “senza giustificato motivo”.

Sotto il secondo profilo, la modifica del trattamento sanzionatorio è nel senso, come per la fattispecie prevista dal co. 5 ter dello stesso articolo, della sostituzione della originaria pena della reclusione con quella della multa, seppure più elevata, sia nei

minimi che nei massimi edittali, rispetto a quella prevista da quest'ultima norma incriminatrice.

Inoltre, il decreto legge n. 89 del 2011 ha poi introdotto il co. 5 quater dell'art. 14 del TU, che prevede che, nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell'ordine del questore, di cui ai commi 5-ter e 5-quater, il giudice debba accertare anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione di cui al co. 5-bis, la cooperazione resa dallo stesso ai fini dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l'esibizione d'idonea documentazione.

Una delle innovazioni più dense di significato è, comunque, certamente quella inserita nel co. 5-quinquies che, nel nuovo testo, prevede che al procedimento penale per i reati di cui agli articoli 5-ter e 5-quater si applichino le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

In virtù di questa disposizione, i reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di cui agli articoli 5 ter e 5 quater vengono dunque attratti nella competenza del giudice di pace, e ad essi si applica la speciale procedura semplificata ed accelerata prevista dagli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis, che in precedenza era prevista solo per il reato cd. di "immigrazione clandestina" di cui all'art. 10 bis del testo unico.

I successivi commi 5 sexies e 5 septies, prevedono poi, rispettivamente, anche qui come avviene con riguardo al reato cd. di "immigrazione clandestina" di cui all'art. 10 bis TU, che, per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi dei commi 5 ter e 5 quater, non sia richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'art. 13, co. 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato, e che, quando il giudice abbia notizia dell'avvenuta espulsione, pronunci sentenza di non luogo a procedere.

Infine, anche qui analogamente a quanto accade per il reato cd. di "immigrazione clandestina", il giudice di pace può adottare, in luogo della sanzione pecuniaria, l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva.

Ed infatti, il d.l. n. 89 del 2011 ha aggiunto l'ultimo periodo dell'art. 16 del TU, prevedendo che le disposizioni dello stesso articolo si applichino anche, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'art. 14, commi 5 ter e 5 quater.

Perciò, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, co. 1, del TU che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, il giudice di pace può sostituire la pena pecuniaria con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.

Una prima occhiata sulle disposizioni introdotte dal d.l. n. 89 del 2011 potrebbe far sembrare che il legislatore del 2011 abbia finalmente, seppure in ritardo, dato attuazione in Italia alla cd. direttiva rimpatri.⁶³

In realtà dopo uno sguardo più penetrante, è facile arrivare ad una conclusione opposta e cioè che le divergenze con il modello di procedimento europeo di rimpatrio rimangono numerose e significative.

63 Al momento della stesura del lavoro, ancora pochi, e poco approfonditi, sono i contributi dottrinali di analisi della nuova disciplina dettata dal d.l. n.89 del 2011. Per una sintesi rapida dei punti fondamentali dell'intervento normativo, v. O. Forlenza, *Dai rimpatri alla libera circolazione negli Stati il legislatore si mette in regola con le direttive UE*, in *Guida al Diritto*, n. 28 del 2011, pagg. 44 – 47.

Al di là degli approfondimenti che saranno compiuti nel capitolo II, pare già in questa sede utile rilevare che, dalle norme sopra analizzate, traspare l'intento del legislatore, piuttosto che di dare attuazione alla cd. direttiva rimpatri, di sfruttare al massimo le possibilità di deroga che la stessa direttiva offriva, ma fino al punto di stravolgerne, in alcuni punti, il senso e i principi.

Ciò, almeno sotto due profili.

Come si è detto nel par. 5, l'art. 2, par. 2, della cd. direttiva rimpatri, prevede, alla lettera b), la possibilità che gli Stati decidano di non applicarla ai cittadini di Paesi terzi "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale".

Il legislatore del 2011, completando con ciò l'opera già intrapresa nel 2009, con l'introduzione, nel "pacchetto sicurezza" di quell'anno, del reato cd. di "immigrazione clandestina", prevede che tutti i procedimenti per i reati collegati al procedimento di espulsione, vale a dire i reati previsti dall'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm., oltre che il giudizio relativo al reato cd. di "immigrazione clandestina", possano concludersi con una sentenza di condanna del giudice di pace all'espulsione, che deve essere immediatamente eseguita mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

In modo analogo, il "pericolo di fuga" è, nel sistema della cd. direttiva rimpatri, sia, ai sensi dell'art. 7, una delle condizioni alle quali può essere derogato il principio della preferenza del rimpatrio volontario, sia, ai sensi dell'art. 15, una delle condizioni per disporre il trattenimento dello straniero espulso.

Il legislatore del 2011 detta, all'art. 4 bis del TU imm. un elenco di condizioni che "configurano il rischio di fuga", che legittimano sia il provvedimento del questore di accompagnamento alla frontiera, sia, attraverso il richiamo contenuto nell'art. 14, co. 1, TU imm., il provvedimento del questore di trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione, che sono così larghe, da rendere difficilmente immaginabile un caso in cui non sia configurabile, stando almeno al tenore letterale della norma, il rischio di fuga dello straniero espulso, tanto da sovvertire la regola europea della preferenza del rimpatrio volontario e rendere assolutamente discrezionale il provvedimento di trattenimento.

A ciò si aggiunge che il termine massimo del trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione viene elevato a diciotto mesi, ciò in apparente conformità con le disposizioni della cd. direttiva rimpatri, ma il sistema delle proroghe del trattenimento rimane farraginoso, a tratti non razionale e, come si vedrà, almeno in parte, non aderente ai principi dettati dalla normativa europea.

Il reato di ingiustificata inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento nel termine di sette giorni, di cui all'art. 14 co. 5 ter, così come l'analogo reato di cui all'art. 14, co. 5 quater, vengono affidati alla competenza del giudice di pace. Il trattamento sanzionatorio di tali reati viene rivoluzionato, poiché si passa da una pena detentiva anche piuttosto grave e una disciplina processuale che prevedeva l'arresto obbligatorio in flagranza ed il giudizio direttissimo, ad una pena solo pecuniaria, o, come pena alternativa, alla sanzione dell'espulsione. È densa di significato la storia della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU, che, secondo l'impianto originario della legge Bossi - Fini, costituiva un reato contravvenzionale, salvo, poi, a seguito del decreto legge n. 241 del 2004, convertito con modificazioni nella legge n. 271 del 2004, diventare un delitto, punito con pena detentiva molto alta, in risposta alla sentenza della Corte

Costituzionale n. 223 del luglio del 2004, dichiarativa dell' illegittimità costituzionale della norma, per poi diventare un delitto punito con la sola pena pecuniaria, e di competenza del giudice di pace, a seguito della direttiva rimpatri e della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 2011. È una storia che dimostra chiaramente, una volta di più, che le fattispecie incriminatrici connesse alla immigrazione irregolare sono funzionali a scopi del tutto estranei alla irrogazione e alla esecuzione della pena e che, in questi casi, il diritto penale sostanziale si piega e conforma di volta in volta alle esigenze di controllo amministrativo dei flussi migratori.

Un altro dato evidente che emerge dall'analisi della normativa introdotta dal decreto legge n. 89 del 2011 è che il giudice ordinario esce nella sostanza di scena, con la sola eccezione del reato di reingresso nel territorio nazionale dello straniero già espulso, di cui all'art. 13, co. 13, TU, che costituisce un'ipotesi marginale nella pratica, lasciando il posto al giudice di pace, che diviene competente a conoscere, oltre che del reato cd. di "immigrazione clandestina" di cui all'art. 10 bis TU, anche delle nuove fattispecie incriminatrici consistenti nella violazione delle misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2 e dell'art. 14, co. 1 bis TU imm., e delle modificate fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14, commi 5 ter e quater, TU. Rimane invece invariato il controllo di legittimità affidato al giudice di pace con riguardo a tutti gli atti più importanti emessi dal prefetto e dal questore nell'ambito della procedura di allontanamento, quali l'ordine di espulsione (dal momento che il ricorso avverso tale provvedimento deve essere proposto dinanzi al giudice di pace ai sensi dell'art. 13, co.8, TU), e, mediante la successiva convalida, i provvedimenti del questore che dispongono l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica e il trattenimento nei CIE. Inoltre, al giudice di pace viene affidata anche la competenza a convalidare sia le misure disposte dal questore a presidio del termine concesso dal prefetto per il rimpatrio, sia le misure disposte dallo stesso questore a presidio dell'ordine di allontanamento.

Il giudice di pace, ha, pertanto, specie nell'impianto attuale del TU, un ruolo centrale nel controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi riguardanti i flussi migratori, ed ha, al contempo, un interlocutore privilegiato, se non addirittura esclusivo, nel questore o nelle forze di polizia. Vale la pena ricordare, a tal proposito, che le misure disposte dal questore a presidio del termine concesso dal prefetto per il rimpatrio e le misure a presidio dell'ordine di allontanamento emesso dal questore possono essere applicate, dal giudice di pace, solo su richiesta del questore, e modificate o revocate solo dopo avere sentito il questore. Vale anche la pena ricordare che, sia il procedimento di cognizione del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10 bis TU imm., che quello di inottemperanza dell'ordine del questore, si attuano, dinanzi al giudice di pace, con le modalità accelerate e semplificate di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, che prevedono una riduzione del ruolo di accusa del pubblico ministero, almeno nella fase introduttiva del giudizio, in favore della polizia giudiziaria.

10.1 La sentenza di condanna all'espulsione, quale sanzione sostitutiva per i reati di cui agli artt. 10 bis e 14, co. 5 ter e quater, TU imm.

A seguito delle modificazioni e integrazioni introdotte, prima, dalla legge n. 94 del 2009, e, poi, dal D.L. 23 giugno 2011, n. 89, il giudice di pace può disporre, ai sensi dell'art. 16 TU, in caso di condanna per i reati di cui all'art. 10 bis, e all'art.14, co. 5 ter e quater TU, l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva alla pena pecuniaria, ma solo "qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14", e perciò, solo nel caso in cui non sussistano "situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento" che rendano non "possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento".

La norma deve leggersi nel senso che il giudice di pace può disporre la sanzione sostitutiva dell'espulsione solo nel caso in questa possa essere con immediatezza eseguita.

La logica della norma è che, in tanto può essere giustificata l'applicazione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, in quanto il giudice ne abbia verificato, in concreto, l'immediata eseguibilità.

In tali casi, e, apparentemente, coerentemente, il co. 2 dell'art. 14, e, ora, anche la lett. f), del co. 4 dell'art. 13 TU, prevedono che l'espulsione disposta dal giudice sia immediatamente eseguita dal questore mediante accompagnamento alla frontiera e che questo sia, perciò, uno di quei casi in cui allo straniero non possa essere concesso un termine per il rimpatrio volontario.

Il sistema ha una sua apparente coerenza interna, se non per il fatto che, avendo il legislatore prima introdotto il reato di immigrazione clandestina con la previsione dell'art. 10 bis TU, e poi modificato le disposizioni di cui all'art. 14, commi 5-ter e 5-quater, con la sostituzione dell'originaria sanzione detentiva prevista per tali ipotesi criminose con quella della multa e l'attribuzione della competenza al giudice di pace, in sostanza non appaiono potere esservi ipotesi in cui la situazione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno dello straniero, già raggiunto o meno da un provvedimento di espulsione ed allontanamento, non costituisca illecito penale e da esso non possa, almeno in ipotesi, conseguire il provvedimento di espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, ordinata dal giudice di pace competente all'accertamento del reato.

Si potrebbe, perciò, in prima battuta, osservare che il legislatore, con i due decreti legge del 2009 e del 2011, abbia in pratica vanificato del tutto l'applicabilità della cd. direttiva rimpatri, dal momento che, costituendo, in ogni caso, la situazione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno reato, illecito penale, potendo in tal caso il giudice di pace disporre l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, ed essendo l'accompagnamento immediato alla frontiera la regola per l'esecuzione di tale sanzione, l'accompagnamento coattivo alla frontiera diventerebbe perciò la regola in tutti i casi di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, purché l'espulsione sia disposta dal giudice.

Sulla base di questa prima considerazione, si potrebbe sostenere che il legislatore italiano abbia nella sostanza aggirato la direttiva rimpatri, attraverso l'introduzione, nel 2009, del reato di immigrazione clandestina e la definitiva riformulazione, nel 2011, dell'art. 16 TU.

Nella pratica, i problemi sono certamente maggiori e sono dovuti, innanzitutto, al difficile coordinamento tra procedimento amministrativo di rimpatrio e procedimento giudiziario di accertamento del reato, procedimento che, come si è visto, procede parallelamente al primo, dinanzi all'ufficio del giudice di pace, e che, del tutto analogamente al primo, può determinare l'emanazione di un ordine di espulsione, seppure emesso dal giudice a titolo di sanzione sostitutiva alla pena pecuniaria.

Per una più articolata analisi delle possibili situazioni che potranno verificarsi nella pratica, deve, innanzitutto, senz'altro, considerarsi che il primo provvedimento che, in ordine cronologico, attingerà lo straniero irregolarmente soggiornante, come già del resto avveniva in passato, sarà senz'altro il provvedimento di espulsione disposto dal prefetto.

Questo era un dato assolutamente pacifico nell'esperienza giudiziaria e può agevolmente spiegarsi in ragione della celerità e semplicità della procedura prevista dall'art. 13, co. 3 TU, che non contempla una fase dialettica prima dell'emissione del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto e prevede anche che tale provvedimento sia immediatamente esecutivo, seppure sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato.

L'esperienza dimostra che il provvedimento del prefetto di espulsione può essere emanato nel corso della stessa giornata in cui gli organi di polizia hanno proceduto all'identificazione ed alla segnalazione dello straniero irregolarmente soggiornante.

È pur vero che, a norma del quinto comma dell'art. 13, TU, come riformulato dal d.l. n. 89 del 2011, lo straniero "destinatario di un provvedimento di espulsione", "qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al co. 4 dello stesso articolo", può chiedere al prefetto la concessione di un periodo per la partenza volontaria, e che in tal caso il prefetto, "valutato il singolo caso", "con lo stesso provvedimento di espulsione" possa intimare allo straniero di "lasciare volontariamente" il territorio nazionale, ma ciò non pare possa appesantire o allungare in modo sostanziale i tempi della procedura amministrativa, dal momento che, nella sostanza, il prefetto, per quanto la norma contenga un riferimento alla valutazione del singolo caso, non dovrà fare altro che basarsi su una valutazione "cartacea" della sussistenza dell'una o l'altra delle condizioni contemplate dal co. 4 dello stesso articolo.

Peraltro, come è facile prevedere, soprattutto in ragione della larghezza delle ipotesi in cui dovrà ritenere sussistente il pericolo di fuga a norma del co. 4 bis del TU, come riformulato dal d.l. n. 89 del 2011, il prefetto concederà un termine per la partenza volontaria solo in ipotesi del tutto marginali e poco frequenti.

In tali ipotesi residuali, appare peraltro difficile sostenere che il giudice di pace dinanzi al quale si svolge parallelamente il giudizio di accertamento del reato, in pendenza dello scadere del termine concesso allo straniero per il rimpatrio volontario, possa concludere il giudizio con una sentenza con cui ordina l'espulsione dello straniero, che, come si è visto, sarebbe immediatamente eseguibile in via coattiva, perché ciò sarebbe senz'altro in contrasto con i precetti della direttiva comunitaria e con il principio di gradualità delle forme di rimpatrio.

Ciò che si vuole dire è che, se la cd. direttiva rimpatri ha inteso privilegiare il sistema della concessione di un termine allo straniero per la partenza volontaria, almeno in alcuni casi, come in quello in cui non vi sia pericolo di fuga, appare in contrasto con tale principio che in pendenza del termine concesso dal prefetto, il

giudice di pace dinanzi al quale, parallelamente al procedimento amministrativo, si svolge in giudizio per l'accertamento del reato, possa legittimamente adottare una sentenza in cui ordina l'espulsione, sentenza che, come si è già detto, sarebbe eseguibile in via coattiva.

Nell'ipotesi in cui, al contrario, il prefetto non abbia concesso il termine per la partenza volontaria, come si verificherà nella stragrande maggioranza dei casi, occorre distinguere tra l'ipotesi in cui l'espulsione sia immediatamente eseguibile mediante accompagnamento alla frontiera, a norma dell'art. 14, co. 1 TU, e il caso in cui non lo sia.

Nella prima ipotesi, l'espulsione, disposta dal prefetto, sarà effettivamente eseguita, mediante immediato accompagnamento alla frontiera, dal questore, il quale, in virtù delle disposizioni contenute negli artt. 10 bis co. 4, e 14, co. 5 sexies, non dovrà neanche chiedere il nulla osta al giudice precedente in ordine ai reati di cui all'art. 10 bis e all'art. 14, co., 5 ter e quater TU, e questi dovrà emettere sentenza di non luogo a procedere quando avrà avuto notizia dell'esecuzione dell'espulsione, in virtù delle disposizioni contenute negli artt. 10 bis, co. 5, e 14, co. 5 septies.

È pur vero che il provvedimento del questore con cui dispone l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso può essere eseguito solo dopo la convalida del giudice di pace, ma il procedimento di convalida contempla una successione temporale tanto stringente (il provvedimento del questore deve essere comunicato al giudice di pace competente entro 48 ore dalla sua emissione e deve essere convalidato dal giudice di pace entro 48 ore da tale comunicazione), da fare ritenere altamente improbabile che il giudice di pace competente all'accertamento del reato possa, pure a seguito del procedimento accelerato previsto dagli artt. 20 bis e 20 ter e 32 bis del D.L. n. 274 del 2000, emettere una sentenza di condanna con la quale dispone la pena sostitutiva dell'espulsione dello straniero irregolare prima della conclusione del procedimento di rimpatrio in sede amministrativa.

In tal caso, peraltro, il provvedimento di espulsione del giudice di pace non farebbe che doppiare il provvedimento di espulsione già emesso dal prefetto, il quale, ai sensi dell'art. 13, co. 3 TU, è immediatamente esecutivo, seppure sottoposto a impugnativa.

Nell'ipotesi, invece, in cui il provvedimento di espulsione non sia immediatamente eseguibile mediante accompagnamento alla frontiera, sia nel caso che il questore abbia adottato, nei confronti dello straniero irregolare in possesso di passaporto o altro documento equipollente, una delle misure contemplate dall'art. 1 bis dell'art. 14 TU, sia nel caso in cui, non ricorrendo tali condizioni, il questore abbia emesso un provvedimento di trattenimento nei CIE, il giudice di pace dinanzi al quale si svolge il giudizio di accertamento del reato, e sempre che la sentenza intervenga prima che la espulsione venga eseguita, non potrà che emettere sentenza di condanna al pagamento della sanzione pecuniaria contemplata dall'art. 10 bis o dall'art. 14, co. 5 ter e quater.

Nella pratica, dunque, il procedimento giudiziario dinanzi al giudice di pace per l'accertamento di taluno dei reati di cui all'art. 10 bis o all'art. 14, co. 5 ter e quater TU non potrà che sfociare o in una sentenza di non luogo a procedere, nel caso in cui l'espulsione dello straniero venga immediatamente eseguita dal questore mediante accompagnamento alla frontiera, o in una sentenza di condanna alla pena pecuniaria, nel caso in cui l'accompagnamento alla frontiera non possa essere immediatamente disposto.

Dunque, la possibilità che il procedimento dinanzi al giudice di pace termini con una sentenza di condanna all'espulsione è relegata all'ipotesi, del tutto marginale, di espulsione immediatamente eseguibile, e tuttavia non ancora eseguita. Ipotesi in cui, peraltro, l'espulsione ordinata dal giudice di pace non farebbe che "doppiare" e avere la stessa efficacia della preesistente espulsione ordinata dal prefetto in via amministrativa.

In relazione a questa ipotesi sarebbe peraltro lecito interrogarsi sul motivo per cui, pure essendo l'espulsione eseguibile, non sia stata effettivamente eseguita in sede amministrativa, specie nel caso in cui lo straniero sia stato, nelle more dell'esecuzione, trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione. Come si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo, infatti, una interpretazione comunitariamente orientata della normativa nazionale deve portare a ritenere che sussista, in capo al questore, il dovere di fare cessare immediatamente il trattenimento nei CIE non appena siano venute meno le condizioni che rendevano impossibile l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Capitolo II

Verifica della congruenza della normativa vigente con i principi costituzionali e con la cd. direttiva rimpatri

Introduzione

Il capitolo si propone di affrontare alcuni possibili profili di difformità tra la disciplina dettata dal TU imm. in tema di procedimento di rimpatrio e di fattispecie penali riguardanti la condizione di irregolarità dello straniero e la normativa comunitaria dettata dalla cd. direttiva rimpatri, nonché tra la stessa disciplina e la Costituzione.

Il tema è parso urgente e significativo, specie in un contesto normativo, come quello attuale, segnato, prima, dal latente e da più parti prospettato contrasto tra la normativa interna previgente e quella dettata dalla cd. direttiva rimpatri, e poi, dopo che, per così dire, il potenziale contrasto si è conclamato per effetto della pronuncia della Corte Europea di Giustizia del 28.4.2011, dalla nuova disciplina dettata dal d.l. n. 89 del 2011, emanato con il dichiarato intento di attuare, seppure in ritardo, la stessa direttiva.

Nonostante questo intento, il d.l. del 2011, a parere di chi scrive, ha lasciato irrisolte molte questioni e anzi ne ha aperte di ulteriori, sia sotto il profilo della effettiva conformità della nuova normativa alla cd. direttiva rimpatri, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sotto diversi aspetti.

Inoltre, deve anche rilevarsi come la pronuncia della Corte Europea di Giustizia sia intervenuta pochi mesi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 250 del 2011, offrendo anche, su alcuni punti, una interpretazione della normativa comunitaria in tema di rimpatrio, e del rapporto tra questa e quella interna, divergente rispetto a quella della Consulta.

Ciò impone anche di rivalutare, seppure sulla base, soprattutto, di nuove argomentazioni, traendo spunto e sviluppando ulteriormente alcuni passaggi motivazionali della decisione della Corte Europea di Giustizia, le questioni di costituzionalità della normativa interna già risolte in senso negativo dalla Corte Costituzionale, come quella relativa alla conformità costituzionale del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore e del reato cd. di "immigrazione clandestina".

Il capitolo si propone di affrontare solo i possibili profili di difformità della normativa vigente con la normativa europea e con la Costituzione che sono parsi più rilevanti, e raccoglierà, per fare ciò, alcuni fili tracciati nel capitolo I.

Esso si compone di 5 paragrafi.

Nel primo di questi è parso necessario sintetizzare alcuni criteri che sono stati elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Corte Costituzionale in tema di possibile contrasto tra la normativa interna e la normativa comunitaria derivata.

Ciò perché questi criteri saranno utilizzati soprattutto nel secondo paragrafo, nel quale sarà affrontata la questione delle possibili incongruenze tra la nuova normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011 e il modello di procedimento di rimpatrio disegnato e imposto dalla direttiva europea rimpatri.

In particolare, nel paragrafo 2.1. sarà affrontato il tema della conformità tra le forme di esecuzione dell'ordine di espulsione previste dal d.l. n. 89 del 2011 e quello che, nel capitolo I, par. 5, si è definito il principio della preferenza comunitaria per il rimpatrio volontario; poi, nel paragrafo 2.2., sarà affrontato il tema della conformità tra la normativa interna e i principi comunitari in tema di trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione, come sono stati enucleati nello stesso capitolo I, par. 5; ancora, nel paragrafo 2.3., sarà affrontato il tema della interpretazione, alla luce delle norme dettate dalla cd. direttiva rimpatri, della normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011 relativa alle misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2 TU e dell'art. 14 co. 1 bis TU; infine, il paragrafo 2.4. conterrà una sintesi e un riepilogo dei risultati interpretativi raggiunti nei precedenti paragrafi.

Nei paragrafi terzo e quarto saranno poi affrontate e rivisitate, alla luce delle novità dettate dal d.l. n. 89 del 2011 e delle argomentazioni offerte della pronuncia della Corte Europea di Giustizia del 28.4.2011, le questioni di costituzionalità delle fattispecie incriminatrici riguardanti l'irregolarità della condizione dello straniero, vale a dire, nel paragrafo terzo, le fattispecie previste dall'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm., e, nel paragrafo quarto, la fattispecie cd. di "immigrazione clandestina" prevista dall'art. 10 bis TU imm.

Infine, nell'ultimo paragrafo sarà affrontata la questione dei possibili profili di illegittimità costituzionale di una delle novità più significative introdotte dalla più recente normativa interna, costituita dal trasferimento di competenze dal giudice ordinario al giudice di pace, sia con riguardo alla convalida degli atti emessi dal questore incidenti sulla libertà personale dello straniero, sia con riguardo alle fattispecie penali collegate alla sua condizione di irregolarità.

1. I criteri che deve adottare l'interprete per risolvere il contrasto tra la normativa comunitaria derivata e le norme interne.

I criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, alla quale si è oramai adeguata anche la giurisprudenza costituzionale, per risolvere i profili di contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria, sono i seguenti:

1) l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il diritto interno in maniera comunitariamente orientata (il criterio della cd. interpretazione conforme), al fine di garantire il conseguimento del risultato ricavabile dalla lettera e dallo scopo perseguito con la direttiva⁶⁴. Il criterio è stato ulteriormente affermato dalla Corte, anche in materia penale⁶⁵, in particolare in una decisione, nella quale si è anche

64. Questo criterio è stato elaborato, dalla Corte di Giustizia, Marleasing, del 13.11.1990.

65. Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03, nella quale si è affrontata la questione della conformità della legge italiana ad una decisione quadro, emessa nell'ambito del cd. terzo pilastro, ove si legge, al punto 43: "applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE"; e, al punto 47: "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia

specificato che l'interpretazione comunitariamente orientata deve arrestarsi quando conduca ad un risultato in contrasto con il diritto nazionale;

2) l'obbligo di disapplicare il diritto interno in caso di impossibilità di fornire una sua interpretazione comunitariamente orientata, vale a dire nel caso di contrasto insanabile per via interpretativa, purché alla norma comunitaria possa essere riconosciuto un effetto diretto.

Con la precisazione che, perché si abbia effetto diretto, è necessario, secondo la giurisprudenza comunitaria, recepita dalla giurisprudenza costituzionale (cfr., tra le altre, C. Cost., sent. n. 170/1984 e C. Cost., sent. n. 389/1989), che la norma comunitaria attribuisca al singolo un diritto (una posizione soggettiva di vantaggio) in modo chiaro, sufficientemente preciso e non condizionato per la sua attuazione dall'intervento di altri atti dell'UE o degli Stati membri. L'effetto diretto, nel caso delle direttive comunitarie, si produce nell'ordinamento interno solo successivamente alla scadenza del termine di recepimento;

3) la facoltà per il giudice nazionale di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in caso di dubbio sulla interpretazione della norma di un Trattato istitutivo o altra norma comunitaria (v. C. Cost., sent. n. 28/2010, con richiami alla giurisprudenza comunitaria, nella quale si precisa che il rinvio pregiudiziale non è tuttavia necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 e dell'art. 117, primo comma, Cost., per incompatibilità della norma interna con una norma comunitaria, ove quest'ultima sia ritenuta priva di effetto diretto (Cfr., sempre, C. Cost. sent. n. 28/2010, con richiami alle precedenti sentenze n. 170 del 1984, n. 317 del 1996, n. 284 del 2007);

4) l'obbligo per il giudice nazionale che rilevi il contrasto con la normativa comunitaria dotata di effetto diretto di non applicare la normativa interna, prendendo atto della creazione di un vuoto di disciplina (cd. effetto di preclusione alla produzione di effetti per la norma interna incompatibile con il diritto comunitario);

5) l'onere per il giudice nazionale di valutare l'effetto diretto non solo in relazione alla direttiva nel suo complesso, ma anche con riferimento a singoli punti specifici;⁶⁶

6) l'obbligo di procedere alla disapplicazione anche in relazione ai punti della direttiva per i quali lo Stato membro sia facoltizzato a derogare alla disciplina comunitaria, ma tale facoltà non sia stata in concreto utilizzata;⁶⁷

che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro.”

66. A tal proposito, appare utile ricordare che anche la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che le direttive possano essere connotate da effetto diretto solo in parte (C. Cost., sent. n. 168/1991: “la diretta applicabilità, in tutto od in parte, delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale dell'atto fonte [...]”). Ed ulteriore conferma si ricava dall'esame della giurisprudenza comunitaria (si veda, a mero titolo di esempio, C. Giust. C-194/08, Susanne Gassmayr contro Bundesminister für Wissenschaft und Forschung, sent. 1 luglio 2010, ove - al punto 55 e 56 della decisione - la Corte ha ritenuto che - laddove il singolo reclami nei confronti dello Stato l'effetto diretto di una direttiva sotto un duplice profilo - si debba procedere all'esame separato delle due questioni, evidenziando che - essendo le due situazioni menzionate nel rinvio pregiudiziale disciplinate “da disposizioni differenti della direttiva”- [...] “si devono fornire soluzioni separate alla questione posta dal giudice del rinvio”.

7) l'onere di verificare se l'adempimento agli obblighi comunitari imposti dalla direttiva sia avvenuto "tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare";⁶⁸

8) l'onere di verificare se le norme comunitarie incidano, in senso favorevole all'interessato, su fattispecie penali incriminatrici.⁶⁹

67. Cfr., in senso conforme all'interpretazione avanzata, la sentenza della Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 14 ottobre 2010, nel procedimento C-243/09, nella causa Günter Fuß contro Stadt Halle (si vedano in particolare, i punti 38 e 58 della decisione).

68. Cfr., per tutte, la pronuncia della Corte di Giustizia, Sesta Sezione, del 7 marzo 1996.

69. Sul punto, appare utile riportare per intero, per la loro esaustività anche con riguardo alle fonti giurisprudenziali citate, le motivazioni espresse nella sentenza del Tribunale di Torino del 20 gennaio 2011: "8) Si ritiene, tradizionalmente, che l'ordinamento comunitario non abbia la facoltà di incidere sulla sovranità degli Stati membri in materia penale. Affermazione tradizionale che - tuttavia - deve essere oggetto di seria revisione. Infatti non si può trascurare che - già sino ad oggi e pur in assenza di esplicite attribuzioni di competenze penali all'ordinamento comunitario - il tema delle interferenze tra diritto comunitario e diritto penale dettato dagli ordinamenti interni è già stato affrontato in più occasioni sia dalla giurisprudenza comunitaria, sia dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità (addirittura, in alcuni casi, sotto il profilo del preteso obbligo di previsione - da parte degli stati membri - di predisposizione di un certo apparato di repressione penale. Ciò posto - e ragionando qui solamente di efficacia diretta del diritto comunitario favorevole alla posizione soggettiva dei singoli consociati - si deve osservare che in numerose occasioni - tanto la Corte di Giustizia quanto la Corte di Cassazione italiana - hanno riconosciuto che norme comunitarie possano incidere - in senso favorevole all'interessato - su fattispecie penali incriminatrici:

a) la Corte di Giustizia (C. Giust., Grande sezione, sentenza 6 marzo 2007, Placanica ed altri, causa C-338/04 ed altre) - in materia di scommesse - ha già esplicitamente riconosciuto che (punto 68 della sentenza) "anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, da una costante giurisprudenza risulta che tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario (v. sentenza 19 gennaio 1999, causa C 348/96, Calfa, Racc. pag. I 11, punto 17)"; in altra sentenza la Corte di Giustizia ha escluso che un precetto non conforme al diritto comunitario possa essere considerato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto [illegittimo]" (C. Giust., seconda sezione, sentenza del 29 aprile 1999 - Ciola, Causa C-224/97); in altra sentenza, la Corte ha ritenuto la illegittimità comunitaria di precetti che trovavano poi sanzione nell'ordinamento italiano (C. Giust., seconda sezione, sentenza del 8 novembre 2007, Schwibbert, causa C-20/05, in merito all'apposizione del cd. bollino SIAE su opere intellettuali);

b) la Corte di Cassazione ha più volte (e in modo esplicito) riconosciuto la possibilità di interferenza tra norme comunitarie dotate di effetto diretto e legislazione penale interna (in senso favorevole agli imputati); la Suprema Corte non ha mai mostrato di dubitare della legittima interferenza del diritto comunitario nella perimetrazione dei precetti suscettibili di sanzione penale, limitandosi - nelle varie occasioni - a riflettere (e dividersi) in ordine al tipo di formula assolutoria da utilizzare nelle varie situazioni. È così possibile - in rapida rassegna - menzionare alcuni casi giudiziari relativi ad ipotesi in cui la normativa comunitaria ha inciso su quella penale nella parte relativa al precetto:

b.1) in materia di divieto di lavoro notturno per le donne; la Corte di legittimità - ravvisando un parziale contrasto tra il diritto interno (che prevedeva il divieto di lavoro notturno per le donne, comminando una sanzione penale) ed alcune norme (solo alcune, si badi) della direttiva comunitaria intervenuta in materia - ha statuito che la normativa interna dovesse essere disapplicata dal giudice italiano, così assolvendo l'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 9983 del 01/07/1999, ric. Valentini, CED Rv. 214345;

b.2) in materia di contrabbando doganale: la Corte di Cassazione - con giurisprudenza piuttosto consolidata - ha ritenuto che, nelle situazioni regolate dall'art. 9 del - in allora vigente - Trattato CE, la normativa interna che prevedeva il reato di contrabbando doganale con riguardo a beni di provenienza comunitaria fosse da disapplicare per non configurabilità del reato (Cfr., di recente: Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 16860 del 17/03/2010, ric. PM in proc. Sirtori, Ced Rv. 246990; Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 36198 del 04/07/2007, PM in proc. Di Fulvio, CED Rv. 237552; Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 10677 del 05/02/2004, ric. Marroni, CED Rv. 227874; più risalenti le precedenti

2. Incongruenze tra il d.l. n. 89 del 2011 e il modello di procedimento di rimpatrio disegnato dalla cd. direttiva rimpatri

Si analizzeranno, di seguito, diverse possibili incongruenze tra il d.l. n. 89 del 2011, e, in particolare, tra i nuovi artt. 13 e 14 TU imm., e il modello di procedimento di rimpatrio disegnato dalla cd. direttiva rimpatri.

2.1. Incongruenze del d.l. n. 89 del 2011 rispetto al principio comunitario della preferenza per il rimpatrio volontario

In questo paragrafo, saranno analizzati alcuni possibili profili di contrasto ed incongruenze tra la normativa di recente dettata dal d.l. n. 89 del 2011 e il principio comunitario della preferenza per il rimpatrio volontario.

Come si è visto nel capitolo I, paragrafo 5, il principio della preferenza per il rimpatrio volontario rispetto alle forme di rimpatrio coattive è uno dei capisaldi e principi della cd. direttiva rimpatri.

Il “considerando” n. 10 della direttiva è, a tal proposito, chiarissimo nel prevedere:

“(10) Se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria. Si dovrebbe prevedere una proroga del periodo per la partenza volontaria allorché lo si ritenga necessario in ragione delle circostanze specifiche del caso individuale. Al fine di promuovere il rimpatrio volontario, gli Stati membri dovrebbero prevedere maggiore assistenza e

decisioni della S.C., Terza Sezione, sentenze n. 1026 del 1991, CED Rv. 186390, n. 2708 del 1991, CED Rv. 186520, n. 3921 del 1991, CED Rv. 186783);

b.3) in materia di violazioni della legge sul diritto d'autore (in fattispecie di contestata violazione degli artt. 171 bis e 171 ter R.D. 633/1941, cd. legge sul diritto di autore): la Corte ha ripetutamente disapplicato la normativa penale interna (allora vigente) per contrasto con la normativa comunitaria dotata di effetto diretto (così come riconosciuto nella nota sentenza della Corte di Giustizia, Terza Sezione, 8 novembre 2007, Schwibbert, causa C-20/05); le molte pronunce della Corte di legittimità - ferme nell'esito assolutorio, fondato sul contrasto tra diritto interno e comunitario in ragione della disciplina relativa all'apposizione del marchio SIAE - si differenziano solo per la formula assolutoria utilizzata: alcune decisioni concludono per la insussistenza del fatto contestato (Cfr., per esempio, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 1073 del 19/11/2009, ric. Ramonda, CED Rv. 245758); altre decisioni, viceversa, hanno assolto gli imputati perché il fatto non è previsto dalla legge come reato (Cfr. Cass. Pen. Sez. 2, Sentenza n. 30493 del 30/06/2009, ric. PG. in proc. T.S., Ced Rv. 245322, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 34553 del 24/06/2008, ric. Beye, Ced Rv. 240791);

b.4) in materia di scommesse: dopo un certo contrasto interpretativo tra Corte di giustizia e Corte di Cassazione italiana, la S.C. - recependo le indicazioni della Corte di Giustizia (rese con la citata C.Giust., sentenza 6 marzo 2007, Placanica ed altri) - ha infine riconosciuto che, per effetto della diretta applicazione nell'ordinamento italiano di alcune norme dei Trattati, l'attività organizzata per la accettazione e raccolta di scommesse operata, per conto di società quotate aventi sede in altro Stato membro ed in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato della Comunità non integra il reato di cui all'art. 4 L. 13 febbraio 1989 n. 401: l'applicazione della fattispecie incriminatrice, in simili ipotesi si porrebbe in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE (cfr. Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 16969 del 28/03/2007, ric. PG in proc. Palmioli, Ced Rv. 236116; Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 16968 del 28/03/2007, ric. Isgrò, Ced Rv. 236685; Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 2417 del 22/10/2008, ric. Greco, Ced Rv. 242344).

consulenza al rimpatrio e sfruttare al meglio le relative possibilità di finanziamento offerte dal Fondo europeo per i rimpatri”.

In coerenza con questa impostazione di principio, l’art. 7 della direttiva, significativamente posto immediatamente dopo l’articolo che disciplina la decisione di rimpatrio, dispone:

“Partenza volontaria

1. La decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi 2 e 4. Gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale che tale periodo sia concesso unicamente su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato. In tal caso, gli Stati membri informano i cittadini di paesi terzi interessati della possibilità di inoltrare tale richiesta.

Il periodo previsto al primo comma non esclude la possibilità per i cittadini di paesi terzi interessati di partire prima.

2. Gli Stati membri prorogano, ove necessario, il periodo per la partenza volontaria per un periodo congruo, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali.

3. Per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo.

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

Stando ai principi e alle disposizioni della direttiva comunitaria, non può esservi dubbio che la partenza volontaria dello straniero irregolarmente soggiornante costituisca la regola.

La ragione di ciò va cercata, innanzitutto, in altri principi della direttiva, primo fra tutti quello della proporzionalità nell’impiego dei mezzi necessari per eseguire il rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, quale si ricava dal “considerando” n. 13 ed è ulteriormente definito e articolato nell’art. 8, par. 4, della direttiva, in cui è stabilito che gli Stati membri possano ricorrere a misure coercitive per eseguire l’allontanamento, ma solo in “ultima istanza”, e alla condizione che siano funzionali ad “allontanare un cittadino di paese terzo che oppone resistenza”. Ciò non può che significare che la condizione dell’irregolarità del soggiorno o dell’ingresso dello straniero non è tale, in sé, da legittimare lo Stato a ricorrere a misure coercitive.

Alla base di questa enunciazione, si intravede l’intento del legislatore comunitario di suggerire e imporre agli Stati membri una visione “neutrale” e non demonizzatrice dello straniero irregolarmente soggiornante in un’ottica pragmatica, che non si preoccupa tanto della sua stigmatizzazione, nella presunzione, reale o artificiosa, della sua pericolosità, ma piuttosto di assicurare la cessazione della situazione di irregolarità e il suo rimpatrio.

Perciò, la concessione del termine per la partenza volontaria non può che essere la via maestra per eseguire l’allontanamento dello straniero.

La visione “neutrale” dello straniero irregolarmente soggiornante cessa in presenza di alcune situazioni, che, all’inverso, ne indichino le pericolosità o fondino la convinzione che vi sia un rischio di fuga.

È in quest’ottica che deve essere letta anche la norma contenuta nell’art. 2 della direttiva, nella parte in cui prevede che gli Stati membri possano decidere di non applicare la direttiva stessa ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Questa possibilità di deroga alla direttiva e, dunque, anche al principio della preferenza delle forme di rimpatrio volontario, è dettata nell’implicita convinzione che lo straniero sottoposto a rimpatrio come “sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale” sia un individuo, che, per essere stato condannato ad una sanzione penale, ed essendo in conseguenza di ciò stato espulso, non meriti più, per avere già dato di sé una prova contraria alla presunzione di non pericolosità, di essere trattato in modo neutrale, confidando nella sua collaborazione al rimpatrio.

Nella stessa ottica, e per coniugare il principio della preferenza dell’allontanamento volontario con il principio di efficacia del rimpatrio, l’art. 7, par. 4, della direttiva fissa le condizioni in presenza delle quali il principio può essere derogato e, dunque, lo Stato può astenersi dal concedere un termine per la partenza volontaria o concederne uno di durata inferiore a quello previsto, vale a dire:

- a. se sussiste il rischio di fuga;
- b. se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;
- c. se l’interessato costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

Tutte le situazioni contemplate dalla norma appena citata alludono a situazioni di pericolo e valgono a scongiurare il rischio che la concessione del termine per il rimpatrio volontario renda ineffettivo l’allontanamento dello straniero irregolarmente soggiornante.

Allo stesso fine, il par. 3 dell’art. 7 della direttiva prevede che, per la durata del periodo per la partenza volontaria, possano essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l’obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l’obbligo di dimorare in un determinato luogo.

Più in generale, può dirsi che il principio di proporzionalità nell’uso delle misure finalizzate ad assicurare il rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante imponga, all’autorità a cui è affidato il potere di assumere l’una o l’altra delle determinazioni finalizzate al rimpatrio, un giudizio individualizzante e personalizzato, che tenga, per quanto è possibile, conto della enorme varietà delle situazioni che possono presentarsi nella pratica.

È chiarissimo, in questo senso, il “considerando” n. 6 della direttiva, che dispone:

“In conformità dei principi generali del diritto dell’Unione europea, le decisioni ai sensi della presente direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare”.

Nella stessa ottica di una valutazione individualizzata, il par. 2 dell’art. 7 della direttiva, con riguardo alla possibilità di proroga del termine concesso per la partenza volontaria, prevede che tale termine possa essere prorogato in

considerazione delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali e, allo stesso modo, il par. 2 dell'art. 9 della direttiva, con riguardo alla possibilità rinvio dell'allontanamento, prevede che il rinvio possa essere disposto "tenendo conto delle circostanze specifiche di ciascun caso".

Occorre ora esaminare quale sia stato il comportamento dello Stato italiano successivo alla entrata in vigore della direttiva, e quale sia il contesto normativo attualmente vigente, al fine di verificarne la compatibilità con i dettami della normativa comunitaria con specifico riguardo al punto oggetto di analisi nel presente paragrafo, vale a dire il principio della preferenza della forme di rimpatrio volontario su quelle coattive.

Come si è detto nei paragrafi che precedono, il legislatore, fino al recente decreto n. 89 del 2011, non aveva emanato atti normativi di esplicita attuazione della cd. direttiva rimpatri.

Tuttavia, nel 2009, con il "pacchetto sicurezza", emanato a pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore della direttiva comunitaria, ha introdotto nel TU imm. l'art. 10 bis, vale a dire il reato cd. di "immigrazione clandestina", affidandone la competenza al giudice di pace e prevedendo, al contempo, che il giudice possa irrogare, in caso di condanna, la sanzione sostitutiva dell'espulsione dell'immigrato irregolare.

Si è anche detto, nei paragrafi che precedono, e sarà ulteriormente approfondito in seguito, che il reato cd. di "immigrazione clandestina" ha effetti sul piano simbolico e sul piano del condizionamento dell'esercizio dei diritti da parte dell'immigrato irregolare, ma ha effetti limitatissimi sul piano propriamente endopenale, dal momento che la sanzione della multa non potrà nella generalità dei casi essere efficacemente pretesa e la sanzione dell'espulsione non fa che essere, nei limitati casi in cui può essere applicata, una duplicazione dell'espulsione già emessa, in via amministrativa, dal prefetto.

È parso dunque naturale, sin dal primo momento, mettere in relazione la previsione della nuova figura incriminatrice con la previsione contenuta nella direttiva comunitaria, cui si è fatto cenno poco sopra, dell'art. 2, nella parte in cui stabilisce che gli Stati membri possano derogare ad essa nel caso di cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, relazione che poteva individuarsi nella predisposizione, da parte del legislatore nazionale, di un meccanismo pressoché generale di deroga ai principi della direttiva comunitaria.

Cioè, se con il reato di immigrazione clandestina vengono punite tutte le diverse ipotesi di ingresso e soggiorno irregolari, e se il giudice competente chiamato a giudicare in ordine alla sussistenza del reato può irrogare la sanzione sostitutiva dell'espulsione dell'immigrato irregolare, e se, d'altro canto, la direttiva comunitaria contempla la possibilità che lo Stato membro non applichi la direttiva stessa quando l'espulsione sia ordinata come "sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale", potrebbe in prima battuta ritenersi che il legislatore abbia ottenuto il risultato di sottrarsi all'applicazione dei principi e delle disposizioni della direttiva in tutti i casi di ingresso e soggiorno irregolare, casi in cui, in generale, il giudice di pace può ordinare l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva.

Si sono già illustrate nel paragrafo 10.1. del capitolo I le ragioni per cui, nella pratica, deve ritenersi improbabile, se non in ipotesi del tutto marginali, che il giudizio dinanzi al giudice di pace possa effettivamente concludersi con una sentenza di condanna in cui sia irrogata la sanzione sostitutiva dell'espulsione dello straniero.

Ciò che occorre in questa sede sottolineare è, tuttavia, che l'interpretazione sopra avanzata di un intento sostanzialmente elusivo della disciplina comunitaria, perseguito dal legislatore italiano mediante l'introduzione della norma incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm., già ipotizzabile nelle fasi immediatamente successive all'emanazione del "pacchetto sicurezza" del 2009⁷⁰, è stata di recente confortata dall'emanazione del d.l. n. 89 del 2011, con il quale, da un lato, si sono riformulate le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14, co 5 ter e quater, TU, affidandone la cognizione al giudice di pace, analogamente a quanto era avvenuto, nel 2009, con il reato previsto dall'art. 10 bis TU, esplicitamente prevedendo, al contempo, mediante una integrazione dell'art. 16 TU, che, anche con riferimento a tali fattispecie di reato, il giudice di pace possa irrogare la sanzione sostitutiva dell'espulsione, e, dall'altro, all'art. 13, co. 4, TU, è stato espressamente previsto, alla lett. f), che l'espulsione sia immediatamente eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera nelle ipotesi previste dall'art. 16, TU, tra le quali, come si è visto, rientra anche l'espulsione comminata dal giudice di pace a titolo di sanzione sostitutiva, in caso di condanna per uno o l'altro dei reati affidati alla sua cognizione di cui all'art. 10 bis, 14, co. 5 ter, e 14, co. 5 quater, TU.

Il legislatore del 2011, ha, cioè, espressamente previsto che la regola della preferenza per le forme di rimpatrio volontario non si applichi ai casi di condanna all'espulsione, a titolo di sanzione sostitutiva, per i reati di cui all'art. 10 bis, 14, co. 5 ter, e 14, co. 5 quater, TU.

Pure essendosi già avanzata, nei paragrafi che precedono, una interpretazione della norma che finisce per escludere, nella pratica, che possa effettivamente ed utilmente essere comminata la sanzione dell'espulsione, occorre rilevare che il legislatore, con le norme sopra citate, ha in sostanza finito per affidare al giudice di pace, e alla dialettica che questi di volta in volta, e necessariamente, instaurerà con gli organi amministrativi della prefettura e della questura, il potere di applicare o meno i dettami della direttiva con riguardo, almeno, alla regola della preferenza delle forme di rimpatrio volontario su quelle coattive.

70 V. L. Masera, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti cit., pag. 36: "la preoccupazione espressa in dottrina circa il sostanziale aggiramento della direttiva, che comporterebbe tale situazione, ci pare tutt'altro che infondata. In effetti, se il nostro legislatore ritenesse di avvalersi della clausola di cui all'art. 2 per mantenere invariata la disciplina dell'espulsione, sul presupposto che nel nostro ordinamento il provvedimento di espulsione ha sempre natura penale, in quanto sanzione del reato di ingresso o soggiorno illecito, ciò comporterebbe una evidente elusione della normativa sovranazionale. Peraltro, tale operazione si esporrebbe inevitabilmente a censure di illegittimità tanto in sede comunitaria (in quanto il legislatore si avvarrebbe di una clausola derogatoria pensata per una serie limitata di casi, facendone il grimaldello per non applicare la direttiva in nella generalità delle ipotesi), quanto sotto il profilo della costituzionalità interna (l'illegittimità comunitaria funge da parametro interposto per la violazione dell'art. 117 Cost.); e pare ragionevole augurarsi che, proprio per evitare tali censure, il legislatore proceda in futuro ad adeguare la disciplina interna sulle modalità esecutive delle espulsioni ai contenuti della direttiva, senza sperimentare facili, quanto inutili, tentativi di elusione delle chiarissime indicazioni provenienti da Bruxelles".

Si deve tuttavia sottolineare che, come si è detto nelle pagine precedenti, la *ratio* della previsione contenuta nell'art. 2 della direttiva, nella parte in cui dispone che gli Stati membri possano decidere di non applicare la direttiva stessa ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, si fonda sulla esigenza di garantire la effettività di rimpatrio nei confronti di quei cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti nel territorio nazionale, i quali, per essere già stati condannati penalmente, ed espulsi in conseguenza di ciò, non meritano più quella presunzione di non pericolosità che invece dovrebbe valere nella generalità dei casi.

Orbene, se, invece, come ha fatto il legislatore italiano, si prevede, in via generale, che tutte le ipotesi di ingresso o soggiorno irregolare costituiscano reato, sia stato già emesso, o meno, il provvedimento di espulsione in sede amministrativa, e, al contempo, si prevede, in tutte queste ipotesi, che il giudice di pace possa irrogare la sanzione della espulsione, si stravolge la *ratio* della deroga prevista dalla direttiva comunitaria, finendosi così per abbracciare quella presunzione di pericolosità dello straniero irregolarmente soggiornante che la direttiva comunitaria aveva suggerito ed anzi imposto agli Stati membri di evitare.

Si può, perciò, fondatamente sostenere che la previsione contenuta nell'art. 14, lett. f), TU, nella parte in cui prevede che l'accompagnamento coattivo alla frontiera sia la regola nei casi di espulsione comminata dal giudice di pace a titolo di sanzione sostitutiva, in caso di accertamento dei reati di cui all'art. 10 bis, 14, co. 5 ter, e 14, co. 5 quater, TU, così come riformulato dal d.l. n. 89 del 2011, sia in contrasto con la direttiva comunitaria e alla *ratio* di fondo che chiaramente la ispira di presunzione di non pericolosità derivante dalla condizione di irregolarità del soggiorno dello straniero in quanto tale e con il principio, pure fissato dalla cd. direttiva rimpatri, che il ricorso alle forme coattive di rimpatrio possa essere attuato, in ragione della mera condizione di irregolarità del soggiorno, solo in via residuale.

L'interpretazione qui avanzata si regge anche su tutte le numerose sentenze della Corte Costituzionale, e da ultimo, sulla sentenza n. 250 del 2010, nella quale, come si è visto nei paragrafi che precedono, si è sostenuta la conformità della norma incriminatrice prevista dall'art. 10 bis TU al principio di offensività, sulla base di una ricostruzione del reato che escludeva che essa potesse fondarsi su una presunzione di pericolosità del migrante irregolare.

Considerazioni del tutto analoghe erano, del resto, già in precedenza state fatte dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 22 del 2007, con riguardo al reato di cui all'art. 14, co. 5 ter, primo periodo, TU imm., con la quale sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale di tale norma.⁷¹

71 In un passo della sentenza si legge, al riguardo: “7.2. – Un primo gruppo tra le norme penali assunte come *tertium comparationis* comprende – come in dettaglio si è visto ai precedenti punti 2.6 e 2.7 – previsioni che trovano la loro *ratio* nell'esigenza di approntare una sanzione di carattere generale e residuale per qualsiasi tipo di inottemperanza ad ordini legalmente dati dall'autorità per i motivi indicati dall'art. 650 cod. pen., o di fronteggiare specifiche situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica provocate dalla condotta dei soggetti che violino determinati ordini amministrativi. In tutti i casi richiamati non è rinvenibile la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma oggetto delle questioni sollevate nel presente giudizio: il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale.

Si tratta di un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica né

Del resto, che la condizione di irregolarità dell'immigrato non possa di per sé fondare un giudizio di presunzione di pericolosità è stato anche affermato dalla Corte Costituzionale, nella sent. n. 78 del 2007, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste.⁷²

Orbene, se la *ratio* della norma incriminatrice di cui all'art. 10 bis e dell'art. 14, co. 5 ter, TU, ma considerazioni del tutto analoghe posso essere fatte per il reato di cui all'art. 14, co 5 quater, TU, non è in alcun modo collegata ad una presunzione di pericolosità dell'immigrato irregolare, se la condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno non possono essere in sé considerate, nell'ordinamento interno, sintomatiche di pericolosità, deve coerentemente escludersi che dall'accertamento di tali reati possano automaticamente conseguire effetti che invece paiono giustificati e giustificabili solo in ragione della presunta pericolosità del migrante irregolare.⁷³

sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione.

Per quanto detto, la comparazione con le norme penali suindicate non può certo essere condotta in chiave di confronto rivolto alla rilevazione di ingiustificate disparità di trattamento censurabili dal giudice delle leggi, ma può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica, senza dimenticare peraltro che il reato di indebito trattenimento nel territorio nazionale dello straniero espulso riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili. In altri termini, ciò che può costituire materia di utile riflessione per il legislatore non può rendere ammissibile una pronuncia di questa Corte, cui non è consentito trasporre sanzioni penali da una fattispecie ad un'altra in esito ad una altrettanto inammissibile scelta tra quelle che potrebbero presentare una qualche affinità.”.

72 In un passo della sentenza si legge, al riguardo: “Invero, l'incompatibilità rispetto all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che attinge le norme censurate in esito al vincolante principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione, deriva dal fatto che quest'ultimo si risolve nella radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice - la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato - privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati. Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva - il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato - che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione.”.

73 In senso conforme all'interpretazione qui avanzata v. C. Favilli, *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini dei Paesi Terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, p. 5 ss., in cui si esclude che l'art. 2, co. 2, lett. b), della direttiva

Del resto, coerentemente con l'impostazione qui tratteggiata, in giurisprudenza è già stato escluso che la sanzione della espulsione, prevista dall'art. 16 TU, pure se comminata dal giudice, sia propriamente riconducibile alla categoria dei provvedimenti giudiziari e non a quella dei provvedimenti amministrativi.⁷⁴

possa essere interpretato estensivamente, nel senso di comprendere anche la sanzione penale conseguente al reato di ingresso illegale, perché tale interpretazione violerebbe il principio generale del diritto comunitario dell'effetto utile, rendendo residuale o addirittura escludendo l'ambito di applicazione della direttiva, e si prospetta anche che, nel caso in cui si ipotizzasse che lo scopo dell'introduzione di tale reato sia anche la volontà di limitare l'ambito di applicazione della direttiva, si potrebbe profilare una violazione dell'obbligo di leale cooperazione e di non adozione, nelle more del termine concesso per l'attuazione delle direttive, di atti contrari al loro scopo, che ne ostacolano l'adozione nei termini. Nello stesso senso, seppure con specifico riferimento al reato di cui all'art. 14, co. 5 ter, nella previgente formulazione, v. R. Barberini e M. Casucci, *La corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri*, in *Cassazione penale n. 05 -2011 pp. 1624 ss.*, sulla base dell'argomento che un'interpretazione dell'art. 2, comma 2, della direttiva che consentisse allo Stato di derogare alla direttiva comunitaria nel caso di reato di inottemperanza all'ordine del questore sarebbe contraria al principio di leale collaborazione con le istituzioni comunitarie: "In effetti, il nostro ordinamento attribuisce rilievo penale alla condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio nazionale, e dunque alla condotta di mera mancata collaborazione all'allontanamento, sanzionandola con la reclusione da uno a quattro anni e prevedendo un ulteriore aumento di pena (fino a cinque anni), in caso di inottemperanza all'ordine successivo al primo. Tale condotta, a ben vedere, è la stessa presa in considerazione dalla direttiva, che le ricollega quelle – e solo quelle – precise conseguenze. Se questo è vero l'art. 2, co. 2, lett. b) non può essere interpretato nel senso di escludere dal campo di applicazione della direttiva proprio quella stessa condotta che ne è precisamente l'oggetto o, comunque, a tutto concedere, nel senso di considerare che agli stessi presupposti considerati nella direttiva vengano ricollegate conseguenze contrastanti con lo scopo dichiarato della direttiva stessa, cioè l'allontanamento dello straniero nel rispetto dei suoi diritti di libertà. In altre parole, anche se l'art. 2 ammette che i Paesi membri possano contemplare, nelle proprie legislazioni, dei casi in cui il rimpatrio, configurato come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale, abbia modalità difformi da quelle previste dalla direttiva, la libertà del legislatore trova tuttavia un limite implicito, ma chiaro: la stessa condotta che costituisce il presupposto per l'applicazione della direttiva non può essere disciplinata e sanzionata in maniera difforme e maggiormente lesiva dei diritti di libertà del cittadino extracomunitario, da parte del legislatore nazionale. Una diversa interpretazione dell'art. 2, §2, lett. b, consentirebbe allo Stato membro di aggirare, di fatto, la disciplina comunitaria in tema di rimpatri. Lo Stato, così facendo, violerebbe il principio di leale collaborazione con le istituzioni comunitarie che impone di assicurare, attraverso le norme di diritto interno, l'effetto utile della direttiva, ossia di garantire una disciplina interna che persegue, e non eluda o contrasti, con lo scopo o gli scopi della direttiva".

⁷⁴ Appare utile richiamare, a tal proposito, alcuni passi della motivazione della già citata ordinanza della Corte di Cassazione n. 11050 del 2011 di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, sulle questioni di interpretazione dell'art. 2, par. 2, lett. b); art. 7, par. 1 e 4; art. 8, par. 1 e 4; art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, della Direttiva 2008/115/CE, in cui si legge: "8.4. - S'è già detto, inoltre, che nell'ordinamento italiano le espulsioni non si distinguono tanto per i soggetti da cui sono disposte, quanto per il loro collegamento o l'assenza di collegamento a un giudizio di "pericolosità sociale" dell'espulso. E si è pure detto che le espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva (e alternativa) dello straniero irregolare disposte dal giudice ai sensi dall'art. 16 del T.U. imm., non presuppongono un giudizio di pericolosità concreta, ma soltanto la situazione di "irregolarità" dello straniero, e che hanno la stessa natura amministrativa delle espulsioni disposte dal prefetto ai sensi dell'art. 13 comma 2, lettera b), venendo eseguite nel medesimo modo dal questore." Ed ancora: "Sta di fatto che la provenienza da autorità amministrativa o giurisdizionale dell'espulsione è per il nostro ordinamento, nelle ipotesi ricordate, un dato esclusivamente formale (parte della dottrina lo considera di "etichette"), la cui rilevanza ai fini del diritto dell'Unione, in genere propenso a conferire rilievo agli aspetti sostanziali, non può non essere sottoposta all'organo istituzionalmente deputato a chiarire il senso delle norme comuni".

E allora, se il provvedimento di espulsione emanato dal giudice di pace, in seguito all'accertamento di alcuno dei reati che il TU, come di recente riformulato dal d.l. n. 89 del 2011, affida alla sua competenza, non si fonda su un giudizio di pericolosità, se tale provvedimento, pure essendo emesso da un organo giurisdizionale, è propriamente e sostanzialmente un atto amministrativo, del tutto analogo a quello del prefetto, ed emesso in presenza delle stesse condizioni, non si vede quale giustificazione logico giuridica abbia la previsione che esso possa avere immediata esecuzione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, mentre solo per il primo debba valere la regola della concessione del termine per la partenza volontaria.

A una conclusione assolutamente identica si deve pervenire partendo dal dato testuale, sulla base del quale, ai sensi dell'art. 3, co. 3, della cd. direttiva rimpatri, per "decisione di rimpatrio" deve intendersi "decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio".

Dal testo della disposizione appena riportata si ricava che, in presenza di un atto che abbia, contemporaneamente, le seguenti caratteristiche:

1. attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi,
2. imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio,

è indifferente che l'atto provenga da un'autorità amministrativa o giudiziaria, e ad esso dovranno, perciò, nell'uno o nell'altro caso, conseguire gli effetti, e deriveranno le garanzie, che la direttiva comunitaria ricollega alla "decisione di rimpatrio" tra cui la regola della concessione del termine per la partenza volontaria.

In quest'ottica, la previsione contenuta nell'art. 2, co. 2, lett. b), della direttiva, nella parte in cui sancisce che gli Stati membri possano decidere di non applicarla ai cittadini di Paesi terzi "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale", deve essere letta come una possibilità di deroga concessa agli Stati membri, in ragione del particolare contenuto dell'atto, nel quale il rimpatrio è "sanzione o conseguenza di una sanzione penale" e, perciò, nei casi in cui il contenuto dell'atto che ordina il rimpatrio differisca, o, comunque, esorbiti da quello della decisione di rimpatrio, poiché in esso non vi è, o non vi è unicamente, l'accertamento ("attestazione o dichiarazione") dell'irregolarità del soggiorno, e, comunque, l'imposizione dell'obbligo di rimpatrio non deriva, o non deriva unicamente, da questo, ma rappresenta la sanzione, o la conseguenza di un sanzione, per un reato.

In tutti i casi di espulsione ordinata dal giudice di pace a titolo di sanzione sostitutiva per taluno dei reati di cui all'art. 10 bis, 14, co. 5 ter, e 14, co. 5 quater, TU, il presupposto e la ragione del provvedimento è esclusivamente l'accertamento dell'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno nel territorio nazionale, nel caso del reato di cui all'art. 10 bis TU, e questo, più la violazione dell'ordine di allontanamento emesso dal questore o l'ordine di espulsione emesso dal prefetto, rispettivamente, nelle ipotesi del reato di cui all'art. 14, co. 5 ter e 14, co. 5 quater, TU.

Il presupposto dell'espulsione e il contenuto dell'atto non divergono perciò sostanzialmente in nulla, almeno per il reato di cui all'art. 10 bis TU, dal contenuto tipico della "decisione di rimpatrio" e non si è dunque in presenza della condizione nella quale è giustificata la possibilità di deroga concessa agli Stati membri, né potrebbero, questi, essere giustificati a derogare alla disciplina della direttiva

comunitaria solo perché la decisione di rimpatrio provenga dall'autorità giudiziaria, e non dall'autorità amministrativa, e l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno integri un reato per l'ordinamento interno.

Per le ragioni che si sono sopra illustrate, deve pertanto ritenersi che vi sia un contrasto tra la cd. direttiva rimpatri, e in particolare il suo articolo 7, in cui è fissata la regola che "la decisione di rimpatrio" debba prevedere un termine per la partenza volontaria, anche quando tale decisione provenga dall'autorità giudiziaria, vale a dire tra il principio europeo della preferenza del rimpatrio volontario sulle forme coattive, e l'art. 13, co. 4, lett. f) TU, introdotto dal d.l. n. 89 del 2011, nella parte in cui prevede l'automatica esecuzione coattiva del rimpatrio mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, in tutti i casi in cui l'espulsione sia stata ordinata in sentenza dal giudice di pace in sede di accertamento dei reati affidati alla sua cognizione di cui all'art. 10 bis, 14, co. 5 ter, e 14, co. 5 quater, TU.

Le norme della direttiva riguardanti la regola del termine per la partenza volontaria, sopra citate, sono disposizioni chiare e precise che attribuiscono allo straniero irregolarmente soggiornante, per la condizione di irregolarità del soggiorno in quanto tale, di fronte alla autorità, amministrativa e giudiziaria, una posizione giuridica soggettiva che si traduce in un interesse giuridicamente tutelato, o posizione di vantaggio, a che il provvedimento di espulsione, se adottato in ragione dell'irregolarità del soggiorno, vale a dire "la decisione di rimpatrio", preveda un termine per la partenza volontaria.

La direttiva comunitaria deve ritenersi, sul punto, dunque, direttamente applicabile.⁷⁵

Né può ritenersi possibile, nel caso che ci riguarda, da parte dell'interprete qualificato, vale a dire il giudice di pace che emetta la sentenza di condanna all'espulsione, o il questore che emetta l'ordine di accompagnamento alla frontiera o gli altri provvedimenti esecutivi che comunque si fondino sul provvedimento di condanna che dispone l'espulsione, una interpretazione comunitariamente orientata, imposta dal principio di cui al punto 1), illustrato nel paragrafo che precede, dal momento che ciò si risolverebbe nella violazione della disciplina nazionale, che prevede espressamente che al provvedimento di espulsione del giudice di pace debba essere data immediatamente esecuzione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

Non può, pertanto, che prevenirsi alla conclusione che il provvedimento del giudice di pace che condanni all'espulsione, a titolo di sanzione sostitutiva della pena pecuniaria, per taluno dei reati affidati alla sua competenza, di cui all'art. 10 bis TU e all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU, ovvero i provvedimenti conseguenti emessi dal questore, che su tale condanna si fondino, che diano immediata esecuzione alla espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, ovvero, anche, quando ciò non sia possibile, ordinino il trattenimento dello straniero in un CIE, siano illegittimi per insanabile contrasto con la cd. direttiva rimpatri e vadano disapplicati.

75 Con riguardo alla diretta applicabilità delle disposizioni della cd. direttiva rimpatri, appare sufficiente richiamare le considerazioni espresse in proposito nella sentenza della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011 analizzata nel par. 9 del cap. 1, in particolare a pag. 55.

2.1.1. Un altro punto critico del d.l. n. 98 del 2011, di attuazione della cd. direttiva rimpatri, riguarda un'altra ipotesi, prevista dalla recente normativa, di deroga al principio comunitario della preferenza delle forme di allontanamento volontario.

Come si è visto sopra, il co. 4 dell'art. 13 del TU, come riformulato dal decreto legge, prevede, alla lettera b), che l'espulsione sia eseguita del questore mediante accompagnamento alla frontiera quando sussista un rischio di fuga.

Tale previsione può considerarsi, in sé, apparentemente, e formalmente, conforme alla cd. direttiva rimpatri, che, all'art. 7, par. 4, prevede, tra le condizioni in presenza delle quali il principio può essere derogato e, dunque, lo Stato può astenersi dal concedere un termine per la partenza volontaria, o concederne uno di durata inferiore a quello previsto, la "sussistenza" del rischio di fuga.

La previsione comunitaria è dettata nella evidente logica di coniugare il principio della presenza delle forme di rimpatrio volontario con quella della sua efficacia.

Orbene, il legislatore del 2011 non si è limitato a prevedere che il prefetto non possa concedere un termine per la partenza volontaria in presenza di un accertato rischio di fuga, ma ha dettato, al co. 4 bis dell'art. 13 TU, delle condizioni, in presenza delle quali, "si configura il rischio di fuga":

"4-bis. Si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera b), qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione:

- a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità;
- b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità;
- d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14;
- e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2."

Si è già detto, al capitolo I, par. 10, con riguardo alla previsione della lettera b) della norma, che si tratta di una previsione in grado di relegare a casi del tutto marginali le ipotesi in cui il pericolo di fuga possa essere escluso e perciò il termine per la partenza volontaria possa effettivamente essere concesso.

Occorre, più in generale, sottolineare che anche le altre ipotesi contemplate dalla norma si fondano su un giudizio del prefetto che, al di là del formale riferimento contenuto nella norma ad un accertamento "caso per caso", pare possa prescindere da una valutazione individualizzante e personalizzata della singola vicenda, che pure pare imposta dalla direttiva comunitaria, potendosi agevolmente esaurire in un controllo cartolare, e molto rapido, della presenza dell'una o l'altra delle condizioni richiamate nella norma.

Preme anche rilevare, quanto alla condizione del mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità, che si tratta di una condizione assolutamente comune, con pochissime eccezioni, a tutti i migranti che fanno ingresso illegale nel territorio nazionale, ai quali è in molti casi imposto, e spesso usato come strumento di ricatto, di consegnare i propri documenti di riconoscimento, da parte di chi ne abbia favorito l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio nazionale.

Ciò che in sintesi si sostiene è che l'esclusione, nel TU, della possibilità della concessione di un termine per la partenza volontaria a chi o non sia in possesso del passaporto o di altro documento equipollente, o non sia in grado di fornire idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato, al di là di una valutazione più pregnante ed individualizzata del singolo caso, è in grado di svuotare pressoché totalmente la direttiva comunitaria ed è perciò in potenziale contrasto con la regola della preferenza comunitaria per le forme di rimpatrio volontario, consentendo di fatto che forme coattive di allontanamento possano essere automaticamente adottate anche in assenza di un reale ed accertato pericolo di fuga.

Più precisamente, vi è un potenziale contrasto tra la regola fissata dall'art. 7, par. 4, della cd. direttiva rimpatri che gli Stati membri possano astenersi dal concedere un termine per la partenza volontaria o concederne uno di durata inferiore "se sussiste il rischio di fuga" e le previsioni del TU imm., sopra citate che fissano, invece, gli indici in presenza dei quali tale rischio debba essere ritenuto sussistente.

Le disposizioni della cd. direttiva comunitaria sul punto sono chiare e precise, e ad esse corrisponde una posizione soggettiva dello straniero irregolarmente soggiornante, che consiste nella pretesa, giuridicamente tutelata, ad una motivazione in ordine alla sussistenza delle condizioni che giustificano la mancata concessione del termine in relazione al rischio di fuga, che non faccia leva su indici solo presuntivi, ed invece si occupi del singolo caso, con un valutazione penetrante e individualizzata.

Si perviene così ad una interpretazione comunitariamente orientata, in virtù della quale è imposto al prefetto, al momento della valutazione delle ragioni che giustificano la concessione del termine per la partenza volontaria, o, al contrario, legittimano l'esecutività immediata della espulsione, un giudizio e una motivazione del provvedimento che non si limitino a riportarsi alla sussistenza delle condizioni previste dal co. 4 bis dell'art. 13 TU, come fossero dei fattori di presunzione assoluta del rischio di fuga, ma invece prendano in considerazione le condizioni fissate dalla norma, insieme ad altre, per un valutazione in concreto e pregnante della sussistenza, o insussistenza, del pericolo che lo straniero espulso si sottragga all'esecuzione del provvedimento di rimpatrio.

2.2. Incongruenze del d.l. n. 89 del 2011 rispetto ai principi comunitari in tema di trattenimento nei CIE

In questo paragrafo saranno analizzati alcuni possibili profili di contrasto ed incongruenze tra i principi europei e la normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011 in tema di trattenimento nei CIE, con specifico riguardo alle condizioni che legittimano il trattenimento (2.2.1.), alle misure che possono essere adottate in luogo del trattenimento e agli ulteriori oneri motivazionali in capo al questore derivanti dalla previsione di tali misure (2.2.2.), e alle condizioni che legittimano il mantenimento del trattenimento (2.2.3.).

2.2.1. Come si è visto nel capitolo I, paragrafo 5, il principio del ricorso al trattenimento solo come *extrema ratio* impronta, nella cd. direttiva rimpatri, sia la fase genetica che la fase del mantenimento del trattenimento.

Esso è sancito dal “considerando” n. 16, che dispone che il trattenimento è giustificato solo se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente ed è riaffermato nell'art. 15 della direttiva, che stabilisce che gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio “salvo se nel caso concreto possano essere applicate efficacemente misure sufficienti ma meno coercitive”.

Lo stesso art. 15 della direttiva prevede anche le condizioni in presenza delle quali può essere disposto il trattenimento, “in particolare quando”:

- a. sussista un pericolo di fuga, ovvero,
- b. il cittadino di Paese terzo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Di fronte a queste norme comunitarie, il legislatore del 2011 è intervenuto, essenzialmente, su due linee direttrici, attraverso una riscrittura parziale dell'art. 14 TU:

1. da un lato, è intervenuto sulle situazioni che legittimano il questore a disporre il trattenimento presso un CIE: nel testo introdotto dal d.l. n. 89 del 2011, l'art. 14 dispone, al co. 1, ultimo periodo, a tal riguardo:

“Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate all'articolo 13, comma 4-bis, anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo”.

2. da un altro lato, ha conservato, in parte, il previgente criterio sulla base del quale il questore deve disporre il trattenimento presso un CIE, in luogo dell'allontanamento coattivo dello straniero: l'art. 14 dispone, in proposito, al co. 1, primo periodo:

“Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”.

Sotto il primo profilo, deve rilevarsi che, rispetto al precedente testo dell'art. 14 TU, contrariamente a quanto previsto dalla direttiva comunitaria, dettata nell'ottica di imporre agli Stati membri una restrizione delle ipotesi in cui può essere adottato il provvedimento di trattenimento in un CIE, il legislatore italiano, con la norma sopra citata, pare avere invece ampliato le situazioni che legittimano il trattenimento, aggiungendo a quelle in precedenza previste, anche quelle indicate all'art. 13, co. 4 bis.⁷⁶

⁷⁶ Il testo dell'art. 14 del TU imm., in vigore al momento dell'emanazione del d.l. n. 89 del 2011, disponeva, infatti, che “1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del

In questo senso, è chiara anche la relazione illustrativa del d.l. n. 89 del 2011, che, al riguardo, sottolinea:

“La riformulazione della norma, in aderenza all’articolo 14, paragrafo 1, della direttiva, precisa che il trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (CIE) avviene quando non possano essere applicate altre misure meno coercitive, specificando, inoltre, le situazioni che legittimano il trattenimento nei CIE, quali, oltre quelle già definite dall’articolo 13, comma 4-bis, per il rimpatrio immediato, quelle attualmente vigenti (necessità di prestare soccorso, di effettuare accertamenti supplementari sull’identità o sulla nazionalità dello straniero o di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo)”.

Occorre anche rilevare che l’ampliamento delle situazioni che legittimano il questore a disporre il trattenimento nei CIE va nella direzione di consentire che il trattenimento sia ordinato anche in tutti i casi in cui, sulla base dei criteri presuntivi dettati dall’art. 13, co. 4-bis, del TU, il questore ritenga che vi sia il pericolo di fuga. Sul punto è sufficiente richiamare le considerazioni fatte nel paragrafo che precede, con riguardo alla assoluta marginalità dei casi in cui il questore, in base del tenore letterale della norma, deve ritenere insussistente il rischio di fuga e, dunque, non potrà disporre il trattenimento dello straniero in un CIE.

In particolare, come si è già detto in quella sede, il questore potrebbe in pratica essere legittimato a disporre in trattenimento, oltre che nelle altre ipotesi contemplate nell’art. 13, co. 4-bis, del TU, anche in tutti i frequentissimi casi in cui lo straniero non sia in possesso del passaporto o di altro documento equipollente o non sia in grado di esibire idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio.

In sostanza, in tutti i casi in cui il prefetto non avrà concesso un termine per la partenza volontaria, per avere ritenuto sussistente il rischio di fuga, sulla base dei criteri dettati dall’art. 13, co. 4-bis, TU, il questore potrà automaticamente riconoscere la sussistenza di una situazione legittimante il trattenimento in un CIE.

Peraltro, in tali casi, il questore potrà decidere di disporre il trattenimento, in luogo dell’accompagnamento coattivo, sol che non sia possibile eseguire con immediatezza l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento, come dispone il primo periodo dell’art. 14 TU, che non è stato modificato, in questa parte, dal recente decreto legge.

Balzano agli occhi alcune discrasie tra la disciplina nazionale e quella comunitaria. Innanzitutto, la direttiva indica espressamente, all’art. 15, tra le condizioni in presenza delle quali può essere disposto il trattenimento, oltre al pericolo di fuga, che peraltro non ancora a condizioni o criteri presuntivi, imponendone perciò una valutazione concreta e personalizzata, la sola altra ipotesi che il cittadino del Paese terzo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento.

Nella direttiva comunitaria, sono, perciò, contemplate tutte situazioni riconducibili, in modo pregnante, alla sfera di controllo e di volontà dello straniero irregolarmente soggiornante, che, solo in quest’ottica, legittimano il suo trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione.

Ministro dell’interno, di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica .”

L'elencazione contemplata nell'art. 15 della direttiva, come si è già detto nel Cap. I, par. 5, non è estensibile a cause dipendenti dall'organizzazione statale.

Occorre perciò rilevare che tutte le situazioni legittimanti il trattenimento ai sensi del riformulato art. 14 TU, ulteriori rispetto al pericolo di fuga, vale a dire la necessità di procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, sono in contrasto con la direttiva comunitaria, perché, e nella misura in cui, non siano riconducibili alla ipotesi, contemplata nella direttiva, del comportamento del cittadino di Paese terzo che eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Non sarebbe, perciò, conforme alla direttiva comunitaria il provvedimento del questore che disponesse il trattenimento dello straniero in un CIE, citando, tra le situazioni legittimanti il trattenimento, esclusivamente, ad esempio, la necessità di acquisire i documenti per il viaggio o la indisponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

In secondo luogo, il criterio fissato dall'art. 14 TU, in base al quale il questore, in presenza di una situazione dalla quale possa trarre il pericolo di fuga, debba determinarsi nel senso dell'accompagnamento coattivo dello straniero, ovvero del suo trattenimento in un CIE, vale a dire la possibilità, o meno, di eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, fa nella sostanza dipendere il trattenimento da condizioni anche provvisorie, del tutto estranee a condizioni di fatto riconducibili alla sfera di controllo o alla volontà dello straniero e di difficile, se non impossibile, verificabilità, facilmente riducibili, nella pratica, a mere formule di stile.

Inoltre, le situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, dalle quali è possibile fare dipendere il trattenimento dello straniero in un CIE, potrebbero essere effettivamente sussistenti, ma dipendere dall'inadeguatezza dell'organizzazione statale a preparare un allontanamento immediato, o alla mancata destinazione, a tal fine, di risorse e mezzi adeguati allo scopo.

Anche in presenza di una situazione di negligenza dei pubblici funzionari o inadeguatezza dell'organizzazione statale, e, comunque, nella totale assenza della valutazione delle ragioni dalle quali dipendono le situazioni transitorie anzidette, il questore è perciò legittimato a disporre, ai sensi dell'art. 14 TU, il trattenimento dello straniero in un CIE.

Da quanto detto, pare possa risultare chiaro che il provvedimento di trattenimento in un CIE, ancorato alla sussistenza di indici molto larghi, dai quali possa trarsi la sussistenza del pericolo di fuga, in sostanza viene fatto dipendere dall'organizzazione dello Stato e dai mezzi destinati in concreto alla preparazione del rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, e perciò dalle politiche adottate dallo Stato nella gestione dei flussi dell'immigrazione irregolare o anche dalla sua inefficienza.

Sotto quest'ultimo profilo, pare esservi anche un possibile contrasto tra la normativa dettata dall'art. 14 TU e il principio del dovere di comportamento diligente dello Stato con riguardo al trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante.

Come si è detto nel cap. I, par. 5, tale principio è fissato, in modo chiaro, nella direttiva comunitaria, da una serie di disposizioni, e, in particolare dall'art. 15, par. 1, che prevede che il trattenimento sia mantenuto solo per il tempo necessario "all'espletamento diligente" delle modalità di rimpatrio.

Il dovere di diligenza a carico dello Stato è dunque espressamente sancito, nella cd. direttiva rimpatri, con riguardo al comportamento dello Stato in costanza di trattenimento, ma lo si deve ritenere estensibile, in via analogica, anche al momento genetico del trattenimento, sulla base dell'identità di *ratio* di evitare che da comportamenti negligenti dello Stato possano farsi dipendere provvedimenti coercitivi e restrittivi della libertà personali, così gravi e penetranti come il trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione.

In quest'ottica, può ritenersi che il nuovo TU, nella versione successiva al d.l. n. 89 del 2011, sia in contrasto con la direttiva comunitaria, nella parte in cui non impone allo Stato, sia nella fase genetica che in costanza del trattenimento in un CIE, un comportamento diligente nella predisposizione ed attuazione del rimpatrio⁷⁷.

Deve poi rilevarsi che tutte le norme comunitarie sopra citate, nella parte in cui legittimano lo Stato a disporre il trattenimento dello straniero in un CIE nelle ipotesi del par. 15 della direttiva, sono norme chiare e precise, cui corrisponde la posizione soggettiva dello straniero irregolarmente soggiornante consistente nella pretesa e nell'interesse giuridicamente tutelato nei confronti dello Stato a non essere sottoposto a trattenimento in un CIE, se non nella sussistenza della ragioni contemplate da tale norma, ed, in particolare di non essere sottoposto a tale misura in presenza di condizioni non riconducibili alla propria sfera di controllo, in particolare condizioni afferenti all'organizzazione dello Stato o all'inefficienza della sua organizzazione.

È un contrasto, che, solo in parte, può essere risolto dall'interprete qualificato nel senso di una interpretazione della norma nazionale comunitariamente orientata. E più precisamente, come si è visto nel paragrafo precedente, nel senso di imporre al questore, nell'emanare il provvedimento di trattenimento in un CIE, di valutare e congruamente motivare in ordine alla effettiva sussistenza delle ragioni concrete che fondano il rischio di fuga, non potendosi invece ritenere conforme alla direttiva comunitaria un provvedimento di trattenimento in un CIE, che si limiti a fondare il pericolo di fuga su una mera elencazione delle condizioni contemplate dall'art. 13, co. 4 bis, TU.

Deve, invece, ritenersi illegittimo, per contrasto, insanabile in via interpretativa, con la norma comunitaria contenuta nell'art. 15 della direttiva, il provvedimento di trattenimento in un CIE emesso dal questore che faccia leva esclusivamente, tra le situazioni legittimanti il trattenimento, su ragioni esterne alla sfera di riconducibilità allo straniero irregolarmente soggiornante, come quelle attualmente previste dall'art. 14, co. 1, TU imm.

Deve, infine, ritenersi che l'interpretazione comunitariamente orientata della normativa interna imponga anche al questore di esplicitare nel provvedimento di trattenimento in un CIE, una volta acclarato il rischio di fuga, quali siano le ragioni che lo abbiano indotto a preferire il trattenimento all'accompagnamento coattivo

⁷⁷ Nel senso che la detenzione amministrativa dello Stato debba ritenersi arbitraria quando durante la sua permanenza lo Stato non si sia attivato con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendano possibile l'esecuzione dell'espulsione, v. Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, sentenza 29 gennaio 2008 § 72.

alla frontiera e che le situazioni transitorie che abbiano ostacolato la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento non siano dipendenti da difetti, o negligenza, nell'organizzazione statale.

Occorre, perciò, che il provvedimento del questore sia verificabile anche con riguardo all'organizzazione approntata dallo Stato per eseguire con immediatezza l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

2.2.2. Proseguendo nell'analisi dei possibili profili di contrasto ed incongruenze tra i principi europei e la normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011, occorre ricordare che il legislatore del 2011 ha anche previsto, al co. 1 bis dell'art. 14 TU imm., una serie di misure, prima non contemplate, che il questore può adottare in luogo del trattenimento in un CIE.

La norma, al primo periodo, descrive le categorie di soggetti nei cui confronti le misure possono essere adottate e le tipologie dei provvedimenti che il questore può adottare:

“1-bis. Nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c) del presente testo unico, o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.”.

Nella relazione illustrativa al decreto legge n. 89 del 2011, si legge, al riguardo:

“comma 1-bis. La novella consente al questore di sostituire il trattenimento nei CIE, conformemente a quanto disposto dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva, con misure meno coercitive nei confronti degli stranieri che devono essere immediatamente espulsi o respinti, purché siano in possesso di un valido documento di espatrio e non siano pericolosi per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. Le misure, volte ad assicurare l'effettività del provvedimento di allontanamento – quali la consegna del passaporto, l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia – sono soggette alla convalida del giudice di pace. Nell'ipotesi di inosservanza di uno degli obblighi elencati, il contravventore è punito con una multa e, comunque, il questore procede all'espulsione dello straniero irregolare;”.

Sul punto, occorre innanzitutto rilevare che l'art. 15 della direttiva, citato nella relazione illustrativa al decreto legge, effettivamente può essere interpretato nel senso di richiedere e anzi imporre allo Stato membro di prevedere all'interno del proprio ordinamento delle misure coercitive, ma meno coercitive rispetto al trattenimento, finalizzate ad eseguire il rimpatrio.

Non pare, però, conforme alla direttiva la previsione del legislatore italiano che limita tali misure allo straniero in possesso di passaporto o di altro documento equipollente.

Peraltro, la norma dettata dal legislatore del 2011 non prevede in nessun modo le condizioni in presenza delle quali il questore possa adottare l'una o l'altra delle misure contemplate dalla norma, venendosi perciò a determinare una quantomeno

difficile compatibilità con il principio di legalità ed una assoluta incertezza nell'interpretazione della norma.

L'incertezza è ancora maggiore se si considera che le misure contemplate dall'art. 14, co. 1 bis, del TU sono del tutto analoghe, nelle tipologia, e nel procedimento applicativo, a quelle previste dall'art. 13, co. 2 bis, TU, nel caso in cui allo straniero irregolarmente soggiornante sia stato concesso, dal prefetto, un termine per la partenza volontaria.

Però, mentre le misure previste dall'art. 13, co. 2 bis, TU, vengono adottate dal questore nel caso in cui, per essere stato concesso un termine per la partenza volontaria allo straniero irregolarmente soggiornante, il prefetto deve avere valutato insussistente il rischio di fuga, nel caso delle misure contemplate dall'art. 14, co. 1 bis, del TU, al contrario, il rischio di fuga è già stato valutato sussistente dal prefetto, che perciò non ha concesso il termine per la partenza volontaria (si pensi al caso dello straniero irregolarmente soggiornante, in possesso di passaporto o documento equipollente, che però non abbia fornito idonea documentazione attestante la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato, a norma dell'art. 13, co. 4, lett. b), del TU), o, comunque, si versa in una delle altre ipotesi previste dall'art. 13, co. 4, TU, nelle quali "l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera", come, per esempio, nel caso in cui lo straniero irregolarmente soggiornante non abbia fatto richiesta di concessione del termine per la partenza volontaria, a norma dell'art. 13, co. 5, TU.

Pare, comunque, che la norma debba interpretarsi, sulla base del criterio della interpretazione comunitariamente orientata, in conformità con i principi di *extrema ratio* e proporzionalità fissati dalla direttiva comunitaria, nel senso che il questore non solo sia legittimato, ma abbia il preciso dovere di applicare l'una o l'altra delle misure contemplate dalla norma in esame in tutti i casi in cui la misura adottata appaia sufficiente a garantire il rimpatrio coattivo dello straniero irregolarmente soggiornante, nelle more della sua preparazione.

Da questa interpretazione della norma deriva, come logica conseguenza, un ulteriore aggravamento dell'onere motivazionale a carico del questore anche con riferimento a tutti i provvedimenti di trattenimento nei CIE disposti nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante e non pericoloso, trattenimento che potrà essere disposto solo nel caso in cui ogni altra misura meno coercitiva sia stata valutata, con adeguata motivazione, inadeguata ad eseguire il rimpatrio coattivo dello straniero, nelle more della sua preparazione.

Il criterio dell'interpretazione comunitariamente adeguata, da utilizzare nel caso in cui il possibile contrasto tra normativa comunitaria possa essere risolto nel senso di una interpretazione della normativa nazionale conforme ai dettami della direttiva comunitaria, impone, dunque, al questore non solo di adottare l'una o l'altra delle misure contemplate dall'art. 14, co. 1 bis, del TU, secondo un criterio di gradualità, nel caso in cui l'una o l'altra appaia sufficiente a garantire il rimpatrio, in luogo del trattenimento, ma impone anche, come logico corollario, che, nell'emettere il provvedimento di trattenimento in un CIE, il questore valuti anche e dia conto della ragioni per cui ciascuna di tali misure non è stata ritenuta adeguata.

All'inverso, un provvedimento di trattenimento emesso senza tale contenuto motivazionale dovrebbe essere ritenuto illegittimo e non convalidato o disapplicato, per contrasto con la direttiva comunitaria.

Ciò vale a dire che il principio di *extrema ratio* nell'adozione del trattenimento si risolve e traduce in un preciso onere motivazionale a carico del questore, quantomeno nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante, e non pericoloso, in possesso di passaporto o documento equipollente.

A tale riguardo, occorre rilevare che nella Circolare n. 5188 del 29 giugno 2011, emessa dal ministero dell'interno, nella quale sono state fornite disposizioni operative per l'attuazione del decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, non si fa in alcun modo cenno a tale onere motivazionale, che però deve chiaramente trarsi, in via interpretativa, dalle norme della direttiva comunitaria che fissano il principio di *extrema ratio* del trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante.

2.2.3. Con riguardo ai possibili profili di contrasto ed incongruenze tra i principi europei e la normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011 in tema di mantenimento del trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione, occorre innanzitutto premettere che, come si è visto nel capitolo I, par. 5, la cd. direttiva rimpatri fissa in modo chiaro ed esplicito il principio che si è definito della strumentalità del trattenimento ad effettuare il rimpatrio, quale risulta dal “considerando” n. 16, che prevede che il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio ed è ulteriormente sancito, con formula pressoché identica, dall'art. 15, par. 1 e 5.

Nella stessa ottica, anche il par. 4 dell'art. 15 della direttiva dispone che il trattenimento non è più giustificato “quando non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi” e che in tal caso la persona interessata è immediatamente rilasciata.

Occorre però rilevare che il d.l. n. 89 del 2011, emanato con la dichiarata finalità di adeguare la normativa nazionale a quella comunitaria, pure prevedendo che in costanza del trattenimento il questore possa eseguire l'espulsione o il respingimento⁷⁸, dandone comunicazione senza ritardo al giudice, non fissa in modo esplicito tale principio.

Non esiste, nel TU imm., pure a seguito delle più recenti modifiche legislative, una norma generale che imponga al questore di disporre immediatamente l'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera nel caso in cui ciò sia divenuto possibile, perché sono, ad esempio, cessate la necessità di prestargli soccorso o quella di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero sono stati acquisiti i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, ovvero, ancora, si sono risolte e superate le situazioni transitorie che avevano ostacolato la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento e che perciò avevano legittimato il questore a disporre il trattenimento dello straniero presso il CIE.

Analogamente, non esiste alcuna norma del TU, che imponga all'autorità di disporre la cessazione del trattenimento, nei casi in cui non esista più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri

78 Il testo dell'art. 14 del TU imm., nel testo vigente a seguito dell'emanazione del d.l. n. 89 del 2011, dispone, infatti, al co. 5, riferendosi al primo termine di durata del trattenimento: “anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice”. E poi, lo stesso co. 5 dispone, all'ultimo periodo, quale norma di chiusura: “il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione o il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace”.

motivi, come invece previsto dal par. 4 dell'art. 15 della direttiva comunitaria, caso in cui la strumentalità del trattenimento all'espulsione è venuta a cessare.⁷⁹

Allo stesso modo, non esiste alcuna disposizione del TU, come riformulato dal d.l. n. 89 del 2011, che fissi e sancisca il principio della durata minima del trattenimento, principio che, invece, è espressamente sancito dall'art. 15, par. 1., della direttiva, che prevede che il trattenimento abbia durata quanto più breve possibile.

Né il TU detta in modo chiaro il principio comunitario del dovere di comportamento diligente dello Stato in costanza del trattenimento, che, come si è già visto, nella visione comunitaria, è funzionale ad assicurare il rispetto dei principi della stretta strumentalità e della durata minima del trattenimento, onerando lo Stato di compiere quanto necessario per eseguire il rimpatrio.

Non vi è, in particolare, nel TU, alcuna affermazione che riproponga quella contenuta sempre nell'art. 15, par. 1, della direttiva, che prevede che il trattenimento sia mantenuto solo per il tempo necessario "all'espletamento diligente" delle modalità di rimpatrio.

Il dato che emerge in modo chiaro dal testo letterale del TU, è, dunque, che, sia nella parte relativa alle condizioni che legittimano il trattenimento nella sua fase genetica che a quelle che ne giustificano la continuazione, non è sancito, nella normativa interna, il principio del dovere di diligenza dello Stato, dovere che, invece, nell'ottica comunitaria, impone allo Stato membro di porre in essere in modo diligente tutte le attività che possano assicurare una rapida definizione della procedura di rimpatrio, e ciò, nonostante legislatore italiano faccia dipendere sia il momento genetico che l'effettiva durata del trattenimento da situazioni di fatto che chiamano chiaramente in causa e dipendono dal comportamento dello Stato.⁸⁰

79 Su una questione assolutamente analoga a quella che si porrà con riguardo al mancato recepimento della norma, si è già pronunciata la Corte di Giustizia, Grande Sezione, 30 novembre 2009, Kadzoev, C 357/09. In tale sentenza è stata, tra le altre, affrontata la questione degli effetti del mancato recepimento dell'art. 15, par. 4, della direttiva comunitaria nella legislazione bulgara. Al riguardo, nella motivazione della sentenza si legge: "63 Per quanto concerne la terza questione, sub a) e b), occorre sottolineare che, secondo l'art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi. 64 Come emerge dall'art. 15, nn. 1 e 5, della direttiva 2008/115, il trattenimento ai fini dell'allontanamento è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio, purché sia necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito. 65 Inoltre, per poter considerare che esiste una «prospettiva ragionevole di allontanamento» ai sensi dell'art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, è necessario che, al momento del riesame della legittimità del trattenimento da parte del giudice nazionale, risulti che esiste una concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini fissati all'art. 15, nn. 5 e 6, di tale direttiva. 66 Pertanto, non esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento quando sembra poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini. 67 Si deve pertanto risolvere la terza questione, sub a) e b), dichiarando che l'art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115 va interpretato nel senso che solo una concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento tenuto conto dei termini stabiliti ai nn. 5 e 6 dello stesso articolo corrisponde ad una prospettiva ragionevole di allontanamento e che quest'ultima non sussiste quando risulta poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini."

80 Secondo una pronuncia della Corte EDU, la detenzione è arbitraria, nel caso in cui lo Stato ometta di attivarsi con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendano possibile l'esecuzione dell'espulsione (cfr. Corte EDU, Saadi c. Regno Unito, sentenza 29 gennaio 2008, secondo la quale, per non essere arbitraria, la misura detentiva deve essere adottata in buona fede, ed essere strettamente legata al fine di impedire l'ingresso illegale nel territorio; le condizioni di

Quanto alla durata del trattenimento, occorre anche rilevare che l'art. 15, par. 5, della direttiva prevede che esso possa essere mantenuto, fino alla durata di sei mesi, fintantoché permangano le condizioni previste dal par. 1 dello stesso articolo, e, perciò, purché sussista ancora il rischio di fuga o il cittadino del Paese terzo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

La cd. direttiva rimpatri stabilisce perciò che non solo le condizioni genetiche del trattenimento, ma anche quelle che ne legittimano il mantenimento, debbano essere riconducibili ad un comportamento ed alla sfera di azione dello straniero illegittimamente soggiornante.

Per converso, il co. 5 dell'art. 14 TU detta una complessa e poco lineare disciplina delle proroghe del trattenimento articolata su singoli periodi e possibilità di proroga basate su condizioni che possono, come nella fase genetica del trattenimento, prescindere dal comportamento dello straniero irregolarmente soggiornante.

E infatti, la norma appena citata prevede che la convalida da parte del giudice di pace dell'originario provvedimento di trattenimento nei CIE comporti la permanenza presso il centro per un periodo iniziale di trenta giorni.

Una prima proroga della permanenza può essere disposta dal giudice di pace, su richiesta del questore, qualora si riscontrino "gravi difficoltà" con riguardo all'accertamento dell'identità e della nazionalità dello straniero ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, a prescindere da una valutazione in ordine alla riconducibilità di tali difficoltà al comportamento dello straniero trattenuto che eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento e senza fissare nelle more dello scadere del termine alcun onere di comportamento diligente dello Stato.

Trascorso questo successivo termine di trenta giorni, qualora permangano le condizioni indicate al co. 1, vale a dire non sia ancora possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore può chiedere una seconda proroga del trattenimento di sessanta giorni.

Trascorso anche questo termine, qualora persistano le condizioni di cui al quarto periodo, vale a dire le stesse condizioni che hanno legittimato la seconda proroga, contemplata, per l'appunto, dal quarto periodo, e con le stesse modalità di questa proroga, può essere concessa dal giudice di pace, su richiesta del questore, una terza proroga di ulteriori sessanta giorni.

Anche le seconda e terza proroga del trattenimento prescindono dunque da una valutazione del comportamento dello straniero trattenuto e non fissano oneri di diligenza a carico dello Stato.

Appare poi irragionevole, che, mentre la proroga iniziale abbia la durata di trenta giorni e sia fatta dipendere solo da "gravi difficoltà", le seconda e la terza abbiano durata di sessanta giorni e siano fatte dipendere da condizioni meno stringenti di quelle che legittimano la prima, potendo essere disposte, sulla base del tenore letterale della norma, anche nel caso in cui non sia ancora possibile eseguire con immediatezza l'espulsione a causa di situazioni transitorie.

detenzione devono essere appropriate al fatto che la misura non si applica ad autori di un reato ma a stranieri che, spesso temendo per la loro vita, fuggono dal proprio paese, e la durata della detenzione non deve eccedere il termine ragionevole necessario per raggiungere lo scopo).

Soltanto la condizione fissata dalla norma contenuta nell'art. 15 TU, per le successive proroghe del trattenimento, fino al termine massimo di ulteriori dodici mesi, vale a dire che non sia stato possibile eseguire l'allontanamento, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, ripropone, quasi letteralmente, le disposizioni della direttiva comunitaria contenute nell'art. 15, par. 6, e, dunque, solo le proroghe finali chiamano esplicitamente in causa, tra le condizioni alle quali possono essere concesse, da un lato la mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo, dall'altro il comportamento diligente ed anzi gli "sforzi ragionevoli" dello Stato.

Alcune delle divergenze sopra analizzate tra la direttiva comunitaria e il TU imm. possono essere risolte sulla base del criterio della interpretazione comunitariamente orientata delle norme interne.

In virtù di questo criterio, deve ritenersi che sia imposto al questore di disporre immediatamente la liberazione dello straniero dal CIE, non appena abbia avuto notizia che non vi è più una prospettiva ragionevole di allontanamento.

Allo stesso modo, un analogo provvedimento dovrà essere preso dal giudice di pace, al momento del controllo periodico in ordine al permanere della condizioni che avevano legittimato il trattenimento, e, ancora prima, al momento della convalida del provvedimento di trattenimento emesso dal questore.

L'interpretazione comunitariamente orientata del TU imm. porta poi a ritenere sussistente il dovere del questore di fare cessare immediatamente il trattenimento nei CIE dello straniero irregolarmente soggiornante non appena siano venute meno le condizioni che rendevano impossibile l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Quanto, poi, al rilevato contrasto tra la cd. direttiva rimpatri e il TU imm. con riguardo alle condizioni che legittimano la proroga del trattenimento in un CIE, deve ritenersi che, analogamente a quanto accade con riferimento all'originario provvedimento di trattenimento emesso dal questore, che i provvedimenti di proroga del trattenimento in un CIE emessi dal giudice di pace per tutto il periodo iniziale di sei mesi, che facciano leva esclusivamente su ragioni diverse da quelle contemplate dalla direttiva comunitaria, sopra elencate, tutte riconducibili, come si è detto, alla sfera di controllo e volontà dello straniero trattenuto, debbano ritenersi illegittimi per contrasto insanabile con questa e vadano, perciò, disapplicati.

2.3. Le misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2, e dell'art. 14, co. 1 bis, TU imm. in rapporto alla cd. direttiva rimpatri

In questo paragrafo saranno analizzati alcuni possibili profili di contrasto ed incongruenze tra i principi europei e la normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011, con specifico riguardo alle misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2, e dell'art. 14, co. 1 bis, TU imm.

Occorre premettere che le norme contenute nell'art. 13, co. 5.2, e nell'art. 14, co. 1 bis, TU imm., entrambe introdotte dal d.l. n. 89 del 2011, sono del tutto analoghe sia con riguardo alla tipologia delle misure che contemplano che con riguardo al procedimento per la loro applicazione.

Le misure contemplate da entrambe le norme sono:

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

Quanto al procedimento applicativo, entrambe le norme attribuiscono al questore, salva la successiva convalida del giudice di pace, il potere di disporre misure nel corso della procedura di rimpatrio dello straniero espulso, con la finalità di assicurarne l'effettività, ed entrambe, a tutela del rispetto delle misure, costruiscono delle nuove fattispecie di reato, che pure attribuiscono alla competenza del giudice di pace.

Tali misure si differenziano, invece, per la fase della procedura di rimpatrio nella quale intervengono. Mentre le misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2, TU intervengono nella fase immediatamente successiva alla concessione di un termine per la partenza volontaria allo straniero irregolarmente soggiornante da parte del prefetto, le misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 14, co. 1 bis, TU intervengono in una diversa fase e comunque quando il provvedimento di espulsione emesso dal questore debba essere eseguito, ma non possa essere eseguito mediante accompagnamento coattivo alla frontiera. In tali casi, esse vengono emesse "in luogo del trattenimento" solo nei confronti del cittadino non espulso ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, lettera c) del TU, o ai sensi dell'art. 3, co. 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, vale a dire del cittadino del Paese terzo non pericoloso e che sia in possesso di passaporto o altro documento equipollente.

Quanto ai presupposti delle misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2 TU, la norma tace del tutto.

Nella relazione illustrativa al d.l. n. 89 del 2011⁸¹ si legge, a proposito dell'art. 13, co. 5.2:

"g) comma 5.2. L'integrazione proposta prevede l'applicazione, da parte del questore, nel caso di concessione di un termine per la partenza volontaria, di una serie di prescrizioni finalizzate ad assicurare l'effettività del provvedimento di allontanamento, conformemente agli articoli 7, paragrafo 2, e 14, paragrafo 1, della direttiva. Ad eccezione della prestazione di garanzie finanziarie, tutte le altre prescrizioni (consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia) sono soggette alla convalida del giudice di pace, analogamente a quanto già previsto in materia di prescrizioni applicate ai soggetti sia destinatari del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificatamente individuate (articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401) sia segnalati per uso personale di sostanze stupefacenti (articolo 75-bis del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 in materia di stupefacenti). In caso d'inosservanza di uno degli obblighi prescritti, il contravventore è punito con una multa e, comunque, il questore provvede all'espulsione dello straniero;"

Nella relazione, dopo la premessa che le prescrizioni del questore sono finalizzate ad assicurare l'effettività del rimpatrio, vengono dunque richiamati articoli 7, paragrafo 2, e 14, paragrafo 1, della cd. direttiva rimpatri, che fanno riferimento, il primo, dettato con riguardo alla possibilità di proroga del periodo per la partenza

81 Il testo è stato scaricato dal sito della Camera dei Deputati www.camera.it.

volontaria, ad alcune circostanze, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali, e, il secondo, ad alcune garanzie che gli Stati membri devono prevedere nel periodo concesso per la partenza volontaria, quali l'esigenza di mantenimento dell'unità familiare, che siano assicurate le prestazioni sanitarie e l'accesso al sistema educativo e che si tenga conto delle esigenze delle persone vulnerabili.

A prescindere dalla possibilità che si sia trattato di un mero errore, ciò che appare verosimile quantomeno con riguardo al riferimento all'art. 7, par. 2, della direttiva, dal momento che è in realtà il paragrafo 3 dello stesso articolo a prevedere, durante il periodo per la partenza volontaria, la possibilità, per gli Stati membri, di imporre obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, anche la relazione illustrativa al d.l. n. 89 del 2011 rimane oscura con riguardo alle condizioni in presenza delle quali possono essere emesse dal questore le misure previste dall'art. 13, co. 5.2, TU imm.

L'oscurità è alimentata dalla considerazione che, come si è già detto sopra, il termine per la partenza volontaria, nel sistema dettato dal TU come rimodulato dal d.l. n. 89 del 2011, può essere concesso dal prefetto solo in presenza di condizioni molto stringenti e, in ogni caso, nell'accertata sussistenza di presupposti che escludano il rischio di fuga.

Ciò che si intende dire è che, se il prefetto può concedere il termine per la partenza volontaria soltanto nell'accertata sussistenza delle condizioni che escludono il rischio di fuga, non si vede come, in tal caso, e, in pendenza del termine concesso dal prefetto, il questore possa al contempo disporre l'una o l'altra delle misure contemplate dall'art. 13, co. 5.2, TU, a meno che non si ritenga che tali misure abbiano una finalità diversa rispetto a quella di prevenire il rischio di fuga (ma non si vede quale altra finalità potrebbero avere se non quella di assicurare l'effettività del rimpatrio, anche in considerazione del fatto che non sono assolutamente emesse nei confronti di soggetti pericolosi) o che, ma anche questo pare potersi escludere, il questore possa sovrapporre alla decisione del prefetto di concedere un termine per la partenza volontaria, un proprio provvedimento comunque finalizzato a prevenire il rischio di fuga anche quando il prefetto lo abbia già ritenuto insussistente.

In realtà, la norma dettata dall'art. 7, par. 3, della cd. direttiva rimpatri, che prevede che, per la durata del periodo per la partenza volontaria possano essere imposti obblighi per evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti e l'obbligo di dimorare in un determinato luogo, instaura una relazione diretta tra rischio di fuga e misure dettate per prevenirlo, che, invece, nel sistema del TU imm. non ha alcuno spazio di esplicarsi, dal momento che il d.l. n. 89 del 2011 prevede che in tutti casi di rischio di fuga, peraltro ancorato a indici presuntivi molto stringenti, il termine per la partenza volontaria non possa essere concesso.

Dovrebbe pertanto risultare chiaro che neanche questa parte della direttiva comunitaria è stata attuata dal legislatore italiano, che ha in sostanza escluso che, nel caso di rischio di fuga, possa comunque essere scelta, ed anzi debba essere preferita, la concessione di un termine per la partenza volontaria, seppure accompagnata dalla previsione ed applicazione di misure in grado di prevenirlo.

E allora, la totale mancanza, nella norma in commento, del riferimento ai presupposti e alle condizioni alle quali può e deve essere disposta una delle misure ivi contemplate, che già di per sé renderebbe la norma di dubbia legittimità, perché in violazione del principio di stretta legalità e tassatività delle misure coercitive e

limitative della libertà personale, pare possa anche essere spiegato in ragione dell'imbarazzo del legislatore di fronte alle evidenti incongruenze del sistema.

Pare infine lecito avanzare la tesi che, anche in questo caso, come in altri già esaminati nei paragrafi che precedono, si imponga una interpretazione comunitariamente orientata della norma dell'art. 13, co. 5.2, TU imm., che, da un lato, colma la lacuna della legislazione italiana in ordine ai presupposti per l'applicazione di tali misure, che dovranno perciò essere disposte, secondo un ordine graduale, in tutti i casi in cui, pure avendo, il prefetto, valutato sussistente un pericolo di fuga, abbia comunque concesso un termine per la partenza volontaria, avendo ritenuto che il pericolo possa essere efficacemente neutralizzato mediante l'applicazione dell'una o dell'altra misura, dall'altro si traduce in un aggravio dell'onere motivazionale a carico del prefetto nel caso in cui abbia invece ritenuto di non potere concedere un termine per la partenza volontaria. Tale provvedimento dovrà, in ossequio al principio di gradualità fissato dalla direttiva comunitaria, essere motivato anche con riguardo alle ragioni per le quali le misure contemplate dall'art. 13, co. 5.2, TU imm. non sono state ritenute sufficienti a prevenire il rischio di fuga.

In sintesi, e conclusivamente, con riguardo alle misure disposte dal questore contemplate dall'art. 5.2. del TU imm. riformato nel 2011, deve ritenersi che una interpretazione comunitariamente orientata della norma, con particolare riferimento all'art. 7, par. 3, della cd. direttiva rimpatri, imponga al prefetto di concedere un termine per la partenza volontaria anche quando abbia valutato sussistente il pericolo di fuga e, tuttavia, abbia ritenuto utilmente neutralizzabile tale pericolo mediante l'imposizione, secondo un ordine di gradualità, dell'una o dell'altra delle misure contemplate nello stesso articolo, e gli imponga, altresì, un onere motivazionale, nel caso in cui, all'inverso, abbia ritenuto di non dovere procedere alla concessione del termine per la partenza volontaria, nel senso di esplicitare le ragioni per cui, pure in presenza del pericolo di fuga, abbia ritenuto non sufficiente, al fine di neutralizzare tale pericolo, la concessione del termine accompagnato dall'una o l'altra delle misure contemplate dalla norma.

Quanto alle condizioni e ai presupposti delle misure contemplate dall'art. 14, co. 1 bis, TU imm., deve innanzitutto rilevarsi che la norma dispone che le misure possano essere applicate solo agli stranieri in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e non pericolosi, e "in luogo del trattenimento".

Nella relazione illustrativa del d.l. n. 89 del 2011 si legge, al riguardo:

"comma 1-bis. La novella consente al questore di sostituire il trattenimento nei CIE, conformemente a quanto disposto dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva, con misure meno coercitive nei confronti degli stranieri che devono essere immediatamente espulsi o respinti, purché siano in possesso di un valido documento di espatrio e non siano pericolosi per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. Le misure, volte ad assicurare l'effettività del provvedimento di allontanamento – quali la consegna del passaporto, l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia – sono soggette alla convalida del giudice di pace. Nell'ipotesi di inosservanza di uno degli obblighi elencati, il contravventore è punito con una multa e, comunque, il questore procede all'espulsione dello straniero irregolare;".

Nella relazione è, come si è visto, espressamente richiamato l'art. 15, par. 1, della cd. direttiva rimpatri, che, nel prevedere che gli Stati membri possano disporre il trattenimento del cittadino del Paese terzo, tuttavia, dispone che ciò possa avvenire salvo che nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive.

Invero, l'art. 15, par. 1, della direttiva comunitaria non contempla alcuna eccezione al principio di *extrema ratio* del trattenimento, preoccupandosi esclusivamente della efficacia delle altre misure meno coercitive ad assicurare il rimpatrio.

In effetti, la previsione, contenuta nell'art. 14, co. 1 bis, TU, che tali misure possano essere applicate solo ai cittadini di Paesi terzi in possesso di passaporto e non pericolosi, rischia di creare ingiustificate disparità di trattamento e di escludere dalla possibilità di essere sottoposto a tali misure, in luogo del trattenimento, chi si trovi in situazioni nelle quali le misure meno coercitive potrebbero comunque essere efficaci ad assicurare il rimpatrio.

Anche da tale norma traspare l'intento del legislatore italiano di limitare quanto più è possibile il ricorso a misure meno coercitive di quelle già contemplate nel previgente testo del TU, vale a dire l'accompagnamento coattivo dello straniero o il suo trattenimento in un CIE.

Al di là di queste considerazioni, deve ritenersi che, in presenza dei presupposti fissati dalla norma, del possesso di passaporto o altro documento equipollente da parte di cittadino di Paese terzo non espulso per ragioni di pericolosità, l'interpretazione comunitariamente orientata della norma imponga al questore di privilegiare una delle misure contemplate dall'art. 14, co. 1 bis, secondo un criterio di gradualità che impone, analogamente a quanto avviene per le misure cautelari, di privilegiare innanzitutto la misura meno affittiva, quale deve essere considerata la consegna del passaporto, per poi passare alle misure via via più coercitive, vale a dire, nell'ordine, l'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica e l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato.

Come si è già detto nei paragrafi che precedono, il sistema scalare, imposto dalla direttiva comunitaria ed attuato dal legislatore con l'introduzione della norma in commento, si traduce anche in un aggravio dell'onere motivazionale a carico del questore nel caso in cui, avendo scartato tutte le altre misure meno coercitive, si determini di disporre il trattenimento del cittadino di un Paese terzo in un CIE, ciò che potrà avvenire solo nel caso in cui le altre misure meno affittive siano state ritenute inadeguate allo scopo di assicurare il rimpatrio.

Quanto alle forme del procedimento, sia l'art. 13, co. 5.2, che l'art. 14, co. 1 bis, TU imm. prevedono che il provvedimento impositivo della misura sia affidato alla competenza del questore, debba essere motivato, sia immediatamente efficace, avendo effetto dalla notifica all'interessato, e debba essere comunicato entro le 48 ore all'ufficio del giudice di pace, che provvederà alla convalida nelle successive 48 ore.

Sia l'art. 13, co. 5.2, che l'art. 14, co. 1 bis, TU imm. prevedono, poi, che le misure possano essere revocate o modificate, su istanza dell'interessato, dal giudice di pace, "sentito il questore".

Nel procedimento applicativo, le norme in commento possono essere accostate alle norme richiamate anche nella relazione illustrativa del decreto legge, dettate

dall'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401⁸² con riguardo alle manifestazioni sportive, e dall'art. 75-bis del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 in materia di stupefacenti⁸³.

Tali norme rispondono, tuttavia, a una esigenza di prevenzione speciale nei confronti di soggetti, a vario titolo ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica,

82 La norma citata, dettata con riguardo al *Divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive* dispone, per quanto qui interessa, al comma 1, che : “*Nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni per uno dei reati di cui all'art. 4, primo e secondo comma della legge 18 aprile 1975, n. 110, all'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, e all'art. 6-bis, commi 1 e 2, della presente legge, ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza, il questore può disporre il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificamente indicate, nonché a quelli, specificamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime.*” e, al comma 3, che: “*La prescrizione di cui al comma 2 ha effetto a decorrere dalla prima manifestazione successiva alla notifica all'interessato ed è immediatamente comunicata al procuratore della Repubblica presso il tribunale o al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, se l'interessato è persona minore di età, competenti con riferimento al luogo in cui ha sede l'ufficio di questura. Il pubblico ministero, se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento ne chiede la convalida al giudice per le indagini preliminari. Le prescrizioni imposte cessano di avere efficacia se il pubblico ministero con decreto motivato non avanza la richiesta di convalida entro il termine predetto e se il giudice non dispone la convalida nelle quarantotto ore successive.*”.

83 La norma citata, dettata con riguardo ai *Provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica*, dispone che: *Qualora in relazione alle modalità od alle circostanze dell'uso, dalla condotta di cui al comma 1 dell'articolo 75 possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica, l'interessato che risulti già condannato, anche non definitivamente, per reati contro la persona, contro il patrimonio o per quelli previsti dalle disposizioni del presente testo unico o dalle norme sulla circolazione stradale, oppure sanzionato per violazione delle norme del presente testo unico o destinatario di misura di prevenzione o di sicurezza, può essere inoltre sottoposto, per la durata massima di due anni, ad una o più delle seguenti misure: a. obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; b. obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; c. divieto di frequentare determinati locali pubblici; d. divieto di allontanarsi dal comune di residenza; e. obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici; f. divieto di condurre qualsiasi veicolo a motore. Il questore, ricevuta copia del decreto con il quale è stata applicata una delle sanzioni di cui all'articolo 75, quando la persona si trova nelle condizioni di cui al comma 1, può disporre le misure di cui al medesimo comma, con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro quarantotto ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio in relazione al luogo di residenza o, in mancanza, di domicilio dell'interessato. Il giudice, se ricorrono i presupposti di cui al comma 1, dispone con decreto la convalida nelle successive quarantotto ore. Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace competente, qualora siano cessate o mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. Le prescrizioni possono essere altresì modificate, su richiesta del questore, qualora risultino aggravate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. In tal caso, con la richiesta di modifica, il questore deve avvisare l'interessato della facoltà prevista dal comma 2. Il ricorso per cassazione contro il provvedimento di revoca o di modifica non ha effetto sospensivo.*

mentre le misure in commento sono esclusivamente finalizzate ad assicurare l'effettività del rimpatrio, in ipotesi in cui l'espulsione è stata disposta non in ragione della pericolosità dello straniero, ma solo della irregolarità del suo ingresso o soggiorno nel territorio nazionale.

Si tratta, perciò, di misure, che, seppure presentano analogie sul piano del procedimento e delle competenze a quelle sopra richiamate e, in particolare, a quella prevista dall'art. 75-bis del DPR n. 309 del 1990, sono assolutamente anomale e dotate di aspetti di originalità che ne rendono incerta la classificazione, proprio in ragione della finalità che perseguono, che non è quella di inibire al destinatario una determinata attività in ragione della sua pericolosità, ma, invece, di assicurare l'effettività della sua espulsione.

Seguendo il filo dell'interpretazione sopra avanzata, che individua nella finalità di neutralizzare il rischio di fuga la condizione per l'adozione sia delle misure contemplate dall'art. 13, co. 5.2, che di quelle contemplate dall'art. 14, co. 1 bis, TU imm., differenziandosi tra loro solo per la diversa fase interna al procedimento amministrativo di allontanamento in cui possono essere adottate, deve necessariamente notarsi che tale finalità è del tutto assimilabile a quella delle misure cautelari disposte nel ricorrere della condizione di cui all'art. 274, lett. b), del codice di procedura penale.

Come queste, le misure in commento hanno quale presupposto la commissione di un reato, vale a dire l'uno o l'altro dei reati contemplati dagli artt. 10 bis o 14 co. 5 ter e quater, TU imm., seppure tali reati vengano in rilievo, nel corso della procedura amministrativa finalizzata al rimpatrio, nella veste di meri illeciti amministrativi, sotto il profilo della violazione delle norme che regolano le condizioni di legittimità dell'ingresso o del soggiorno dello straniero, e come "condizione di applicabilità" il rischio di fuga dello straniero irregolarmente soggiornante.

A parere di chi scrive, si tratta, perciò, nella sostanza, di misure del tutto assimilabili alle misure cautelari personali, solo che esse sono disposte dal questore e successivamente convalidate dal giudice di pace, per di più nell'ambito di un procedimento che non ha propriamente carattere penale, e anzi "doppia" e si svolge parallelamente al procedimento, sempre dinanzi al giudice di pace, per l'accertamento dell'uno o dell'altro dei reati sopra indicati. Procedimento quest'ultimo, nel quale, peraltro, dati i limiti edittali delle fattispecie incriminatrici affidate alla competenza del giudice di pace, non potrebbe essere applicata alcuna misura cautelare.

Occorre perciò chiedersi, e al quesito si tenterà nel prosieguo del discorso di abbozzare una risposta, se sia legittimo, e conforme alle norme della Costituzione, la previsione della competenza all'adozione di misure aventi nella sostanza una finalità cautelare in capo al questore, seppure con la successiva necessaria convalida del giudice di pace, per di più nell'ambito di un procedimento non avente carattere penale.

Per quanto qui interessa, e salvo quanto si dirà più estesamente in seguito, occorre dunque sottolineare che le misure in commento, pure con le incongruenze e discrasie sopra evidenziate, che ne renderanno quantomeno controversa la concreta applicabilità nella pratica, accentuano il ruolo del questore, a cui è affidato il potere di disporle con provvedimenti che sono immediatamente efficaci, salva la

successiva convalida del giudice di pace, e che deve altresì essere sentito anche in caso di richiesta di modifica o revoca da parte dell'interessato.

In particolare, occorre evidenziare che, mentre la competenza affidata al questore nella fase genetica e applicativa della misura si può spiegare in ragione della particolare urgenza ed esigenza di celerità nell'adozione di provvedimenti finalizzati al rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, la previsione del parere del questore nella fase successiva, in ordine alle richieste di revoca e modifica della misura in atto, è in grado di stravolgerne il ruolo, che diviene così assimilabile a quello del pubblico ministero nei procedimenti applicativi e modificativi delle misure cautelari personali.

Anche tale previsione rafforza e incrementa, pertanto, quella dialettica tra giudice di pace e questore che il legislatore ha con tutta evidenza deciso di privilegiare con riguardo a tutti i provvedimenti riguardanti la fase prodromica e strumentale al rimpatrio dell'immigrato irregolare.

2.4. Sintesi dei risultati interpretativi

Occorre, a questo punto, riepilogare i risultati interpretativi cui si è giunti raffrontando la normativa di recente inserita nel TU imm. dal d.l. n. 89 del 2011 con la disciplina del procedimento di rimpatrio dettata dalla direttiva europea.

Innanzitutto, una interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 13, co. 4 bis, TU ha portato a ritenere che il prefetto in sede di provvedimento di espulsione, ai fini delle decisioni in ordine alla concedibilità o meno del termine per la partenza volontaria, e, allo stesso modo, il questore in sede di provvedimento di trattenimento dello straniero espulso in un centro di identificazione ed espulsione, debbano valutare il rischio di fuga sulla base di un giudizio, e una conseguente motivazione, che non si limitino a fare riferimento alla sussistenza delle condizioni previste dal co. 4 bis dell'art. 13 TU, come fossero dei fattori di presunzione assoluta del rischio di fuga, ma invece prendano in considerazione le condizioni fissate da questa norma, insieme ad altre, per una valutazione in concreto, pregnante ed individualizzata della sussistenza, o meno, del pericolo che lo straniero espulso si sottragga all'esecuzione del provvedimento di rimpatrio.

Peraltro, anche nel caso in cui il prefetto abbia ritenuto in concreto sussistente il pericolo di fuga, sulla base, anche in questo caso, di una interpretazione comunitariamente orientata della norma dell'art. 13, co. 5.2, TU imm., dovrà concedere il termine per la partenza volontaria, quando riterrà che il pericolo possa essere efficacemente neutralizzato mediante l'applicazione dell'una o dell'altra misura contemplate da quest'ultima norma, e, nel provvedimento con il quale nega la concessione del termine per la partenza volontaria dovrà, in motivazione, esplicitare, all'inverso, le ragioni per cui non ha ritenuto sufficiente a prevenire il rischio di fuga alcuna delle misure contemplate dalla norma sopra citata.

Allo stesso modo, sulla base di una interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 14, co. 1 bis, TU imm., il questore, quando lo straniero espulso sia in possesso di passaporto o altro documento equipollente, pure in presenza di un pericolo di fuga, dovrà preferire al trattenimento in un CIE l'una o l'altra delle misure contemplate da tale norma, secondo un ordine graduale, e, all'inverso, nel provvedimento di trattenimento in un CIE dovrà, in motivazione, esplicitare le

ragioni per cui non ha ritenuto sufficienti a prevenire il rischio di fuga alcuna delle misure contemplate dell'art. 13, co. 5.2, TU imm.

Al contempo, nel provvedimento del questore che dispone il trattenimento dello straniero espulso in un CIE, dovranno essere leggibili le ragioni che lo hanno indotto a disporre il trattenimento in un CIE in luogo dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e dovrà essere leggibile, e verificabile, che le situazioni transitorie che hanno ostacolato la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento non siano dipendenti da difetti, o negligenza, nell'organizzazione statale.

È invece in insanabile contrasto con la cd. direttiva rimpatri l'art. 13, co. 4 lett. f), TU imm, introdotto dal d.l. n. 89 del 2011, nella parte in cui prevede l'automatica esecuzione coattiva del rimpatrio mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, in tutti i casi in cui l'espulsione sia stata ordinata in sentenza dal giudice di pace in sede di accertamento dei reati affidati alla sua cognizione di cui all'art. 10 bis, 14, co. 5 ter, e 14, co. 5 quater, TU.

Per effetto di tale contrasto, deve ritenersi che il provvedimento del giudice di pace che condanni all'espulsione, a titolo di sanzione sostitutiva della pena pecuniaria, per taluno dei reati affidati alla sua competenza di cui all'art. 10 bis TU e all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU, ovvero i provvedimenti conseguenti emessi dal questore, che su tale condanna si fondino, che diano immediata esecuzione alla espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, ovvero, anche, quando ciò non sia possibile, ordinino il trattenimento dello straniero in un CIE, siano illegittimi per insanabile contrasto con la cd. direttiva rimpatri e vadano disapplicati.

Quanto al provvedimento di trattenimento, oltre al già precisato contenuto motivazionale, va ricordato che sarebbe invece illegittimo, per insanabile contrasto con la direttiva comunitaria, il provvedimento del questore che facesse leva non sul pericolo di fuga, ma su ragioni esterne alla sfera di riconducibilità allo straniero irregolarmente soggiornante, come quelle attualmente previste dall'art. 14, co. 1, TU imm.

In modo analogo, deve ritenersi che i provvedimenti di proroga del trattenimento in un CIE emessi dal giudice di pace per tutto il periodo iniziale di sei mesi, che facciano leva esclusivamente su ragioni diverse da quelle riconducibili alla sfera di controllo e volontà dello straniero trattenuto, debbano ritenersi illegittimi per contrasto insanabile con la direttiva comunitaria e vadano, perciò, disapplicati.

L'interpretazione comunitariamente orientata del TU imm. porta poi a ritenere sussistente, in capo al questore, il dovere di fare cessare immediatamente il trattenimento nei CIE non appena siano venute meno le condizioni che rendevano impossibile l'accompagnamento coattivo alla frontiera o quando abbia avuto notizia che non vi è più una ragionevole prospettiva di allontanamento dello straniero trattenuto.

3. Analisi della costituzionalità e conformità alla cd. direttiva rimpatri delle nuove fattispecie di reato dell'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm.

Come si è già detto nel cap. I, par. 11, il d.l. n. 89 del 2011 ha riformulato le fattispecie di reato previste dall'art. 14, co. 5, ter e quater, TU, nonché la

disposizione che le presuppone, vale a dire l'art. 14, co. 5 bis, riguardante l'ordine di allontanamento emesso dal questore.

Tali norme, nel testo attualmente vigente a seguito della conversione in legge del decreto, prevedono:

«5-bis. Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio.»;

«5-ter. La violazione dell'ordine di cui al comma 5-bis è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5.

Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.»;

«5-quater. La violazione dell'ordine disposto ai sensi del comma 5-ter, terzo periodo, è punita, salvo giustificato motivo, con la multa da 15.000 a 30.000 euro. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, quarto periodo.»⁸⁴

84 Si ritiene utile, per chiarezza di lettura, riportare il testo vigente al momento prima della riforma del 2011: “5-bis. Quando non sia stato possibile trattenerlo presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza. 5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente 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 l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione 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 ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 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

Come si è visto nei paragrafi precedenti, l'ordine di allontanamento emesso dal questore, ai sensi del co. 5 bis dell'art. 14 TU, nel testo vigente, costituisce l'atto, sotto il profilo della sequenza formale degli atti, terminale della complessa procedura amministrativa finalizzata al rimpatrio del cittadino del Paese terzo irregolarmente soggiornante.

È, sotto il profilo formale, il rimedio estremo, quello che può essere approntato solo quando gli altri provvedimenti (l'eventuale concessione di un termine per la partenza volontaria, l'accompagnamento coattivo alla frontiera, il trattenimento in un CIE) non abbiano consentito il rimpatrio, o non si siano potuti adottare per le ragioni che si sono dette.

Era così anche nella procedura amministrativa previgente all'emanazione del d.l. n. 89 del 2011, nella quale poteva però facilmente accadere, e spesso effettivamente accadeva nella pratica, che, pure essendo logicamente l'ultimo, fosse, in realtà, sotto il profilo temporale, il primo e anzi l'unico, ciò che si verificava in tutti i casi in cui, intervenuta l'espulsione in via amministrativa, tale provvedimento non avesse potuto essere eseguito mediante accompagnamento alla frontiera, né fosse stato possibile disporre il trattenimento del cittadino del Paese terzo nei CIE.

La procedura attualmente vigente è, almeno formalmente, mutata, per effetto delle più recenti novità legislative, determinate dalla entrata in vigore della cd. direttiva rimpatri e dalla conseguente necessità di adeguarvi la normativa italiana, che hanno introdotto una maggiore complessità e varietà di atti che possono venire a comporla, il primo dei quali, è, o almeno dovrebbe essere come regola, il provvedimento con il quale il prefetto concede allo straniero espulso un termine per la partenza volontaria, atto prima non contemplato dal TU.

La procedura disegnata dal nuovo TU, parte, dunque, almeno di regola, dal provvedimento di espulsione del prefetto che prevede la concessione di un termine per la partenza volontaria, e può sfociare, attraverso il susseguirsi di una serie di atti di intensità coercitiva crescente fino al trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione, nell'ordine di allontanamento emesso dal questore ai sensi del co. 5 bis dell'art. 14 TU, nel caso in cui anche la permanenza presso il CIE non abbia consentito l'allontanamento, o, prima ancora, nel caso in cui non sia stato possibile disporre il trattenimento.

Appare già a questo punto utile sottolineare l'anomalia di una procedura nella quale l'atto iniziale e l'atto finale, separati da una serie di atti intermedi diversamente articolati, ma comunque di intensità coattiva crescente e graduale e anche molto incisivi sulla libertà personale, come nel caso del trattenimento nei CIE, siano nella sostanza identici nella struttura, per quanto provengano da autorità diverse, il prefetto e il questore.

Basta confrontare le due norme.

L'art. 13, co. 5, TU, riferito al provvedimento di espulsione del prefetto, dispone:

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'articolo 13, comma 3. 5-quater. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.”

“il prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima lo straniero a lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra sette e trenta giorni”.

L’art. 14, co. 5 bis, TU, riferito all’ordine di allontanamento del questore, dispone:

“il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni”.

Entrambi gli atti sono assimilabili, e sono anche dal legislatore considerati assimilabili, a quella che, nella cd. direttiva rimpatri, viene chiamata “decisione di rimpatrio”, prevista dall’art. 7, par. 1, che prevede:

“la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni”.

Che il provvedimento di espulsione emesso dal prefetto e l’ordine di allontanamento emesso dal questore siano tra loro assimilabili, per la comune riconducibilità alla decisione di rimpatrio prevista dall’art. 7, par. 1, della cd. direttiva rimpatri, emerge in modo chiaro, seppure non esplicito, dalla relazione illustrativa del d.l. n. 89 del 2011, in cui si legge, con riguardo alla nuova norma contenuta nell’art. 13, co. 5, TU:

“e) comma 5. In attuazione dell’articolo 7, paragrafi 1 e 2, della direttiva, la riformulazione del comma disciplina il rimpatrio dello straniero mediante la concessione, dietro richiesta dell’interessato, di un termine per la partenza volontaria, con l’esclusione dei casi di rimpatrio immediato, già disciplinati dal comma 4.”.

Lo stesso articolo, e i termini temporali in esso previsti, è evidentemente stato preso a punto di riferimento da parte del legislatore, anche con riguardo alla riformulazione dell’art. 14, co. 5 bis, TU, che attualmente prevede, in luogo del termine previgente di cinque giorni, il più lungo termine di sette giorni per l’appunto previsto dall’art. 7 della direttiva rimpatri.

A tal proposito, la relazione illustrativa al d.l. n. 89 del 2011, precisa:

“d) comma 5-bis. Al fine di adeguare alla direttiva il termine attualmente vigente per l’esecuzione dell’ordine del questore di allontanamento – adottato nei casi in cui non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un CIE ovvero la permanenza nella struttura non abbia consentito l’esecuzione dell’espulsione – è stato elevato da cinque a sette giorni il periodo per ottemperare al suddetto ordine”.

Il procedimento finalizzato al rimpatrio dello straniero si apre, dunque, con una decisione di rimpatrio e si chiude, attraverso una varia sequenza di ulteriori atti amministrativi, con un’altra decisione di rimpatrio, che, al di là dell’ossimoro contenuto nell’art. 13, co. 5, TU (“intimazione a lasciare volontariamente”) e della finestra temporale maggiore concessa per effetto del primo provvedimento e, per l’appunto, dell’autorità da cui gli atti provengono, sono nella sostanza e nella loro funzione identiche.

Si tratta, dunque, di una procedura circolare, in cui il primo e l’ultimo atto finiscono in sostanza per coincidere.

Oltretutto, il cerchio potrà poi nuovamente riaprirsi, perché, nel caso di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale, caso nel quale si configura il reato di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU imm, il prefetto potrà emettere, ai sensi dello stesso articolo, "valutato il singolo caso", "un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore".

Tale provvedimento di espulsione emesso dal prefetto ai sensi dell'art. 14, co. 5 ter, TU imm. è del tutto assimilabile al provvedimento di espulsione emesso dal prefetto ai sensi dell'art. 13, co. 2, TU imm., e precisamente, al caso in cui al provvedimento di espulsione non si accompagni la concessione, da parte dello stesso prefetto, del termine per la partenza volontaria.

Come quest'ultimo, il provvedimento di espulsione emesso dal prefetto, ai sensi dell'art. 14, co. 5 ter, TU, è, a sua volta, immediatamente eseguibile mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

La norma dell'art. 14, co. 5 ter, TU, quarto periodo, pare inoltre legittimare il questore, nel caso in cui non sia possibile eseguire l'accompagnamento coattivo alla frontiera, a emettere un provvedimento di trattenimento in un CIE, o, ancora, nel caso residuale, in cui neanche ciò sia possibile, o, siano scaduti i termini di durata del trattenimento nel CIE, a emettere un nuovo ed ulteriore ordine di allontanamento.⁸⁵

A presidio del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto, ai sensi dell'art. 14, co. 5 ter, TU imm., il legislatore predispone lo strumento di tutela penale costruito dal reato di cui all'art. 14, co. 5 quater, anch'esso riformulato dal legislatore del 2011, e rimodulato nel trattamento sanzionatorio, mediante la sostituzione della previgente pena detentiva con quella pecuniaria.

L'ultimo comma dell'art. 14., co. 5 quater, prevede, infine:

"Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, quarto periodo.",

vale a dire proprio la norma appena citata, che, nel fare rinvio alle disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis dell'art. 14 TU, nonché, "ricorrendone i presupposti", quelle di cui all'articolo 13, co. 3, consente al questore di emettere un provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, o, nel caso in cui ciò non sia possibile, un provvedimento di trattenimento in un CIE, o, ancora, nel caso residuale, in cui neanche ciò sia possibile, o, siano scaduti i termini di durata del trattenimento nel CIE, un nuovo ed ulteriore ordine di allontanamento.

Si tratta, dunque, di una procedura amministrativa molto complessa e spesso contraddittoria, nella quale, ipoteticamente, il "cerchio" è destinato ad aprirsi e chiudersi continuamente e in cui, a seconda dello stato in cui versa, il prefetto o il questore vengono chiamati ad emanare diversi atti, e, soprattutto, gli ordini di espulsione o di allontanamento, o i provvedimenti di trattenimento in un CIE, si possono susseguire, almeno stando al tenore letterale delle norme, l'uno dietro l'altro.

Il tutto, è, poi, reso ulteriormente complicato dal fatto che gli ordini di espulsione e allontanamento emessi dalle autorità amministrative nel corso della procedura di

⁸⁵ Ed infatti, l'art. 14, co. 5 ter, quarto periodo, prevede che "Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.2."

rimpatrio sono, a loro volta, assistiti da fattispecie incriminatrici, quelle di cui all' art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm., che, attribuite alla competenza del giudice di pace a seguito della riforma del 2011, potrebbero, a loro volta, almeno in teoria, portare all'emanazione di una sentenza del giudice di pace di espulsione a titolo di sanzione sostitutiva alla pena pecuniaria, cosicché ai provvedimenti di espulsione e agli ordini di allontanamento emessi dalle autorità amministrative potrebbe aggiungersi il provvedimento di espulsione dell'autorità giudiziaria, che, come si è detto nei paragrafi che precedono, è anch'esso, per usare il linguaggio della direttiva rimpatri, una "decisione di rimpatrio".

Senza contare, poi, che anche per il solo fatto dell'ingresso e soggiorno irregolare, lo straniero irregolarmente soggiornante, potrebbe, sempre in teoria, essere condannato dal giudice di pace alla sanzione sostitutiva dell'espulsione, con il possibile proliferare, dunque, di una miriade e varietà di provvedimenti di espulsione.

Il sistema sopra descritto pone problemi di conformità ai dettami della direttiva comunitaria, alle norme costituzionali, e anche di coerenza a razionalità intrinseca.

Le questioni sono varie, ma possono, in prima approssimazione, ridursi a due:

1. è conforme ai principi di gradualità e intensità crescente, fissati dalla direttiva comunitaria, un sistema circolare, destinato a ripetersi, come quello che si è descritto? È in particolare possibile, che, dopo che anche il trattenimento nei CIE non abbia potuto dare luogo all'effettivo rimpatrio del cittadino del Paese terzo, questi possa essere sottoposto ad una nuova procedura amministrativa, che, nella sostanza, ripete la prima? E, in caso negativo, quale deve essere la risposta dell'ordinamento nella situazione dello straniero irregolarmente soggiornante, che, pure a seguito di trattenimento in un CIE, e, dunque, dopo il trascorrere del lungo periodo massimo, lo Stato non sia riuscito ad espellere?
2. quale è lo spazio della tutela penale? Le fattispecie penali possono assistere gli atti della procedura amministrativa finalizzata al rimpatrio del cittadino del Paese terzo irregolarmente soggiornante, e, in caso positivo, con quale funzione e con quale intensità, o, al contrario, lo spazio della sanzione penale è uno spazio residuale, destinato a restringersi alla sola ipotesi che gli strumenti amministrativi si siano in concreto rivelati inefficaci?

Per provare a dare una risposta ai quesiti sopra tratteggiati pare utile, innanzitutto, inserire la riforma del 2011 nel contesto storico in cui è stata realizzata, ricordando che, con specifico riferimento alle fattispecie incriminatrici disciplinate dall'art. 14, co. 5 ter e quater, TU, l'intervento del legislatore si è reso necessario per effetto della sentenza della Corte di Giustizia Europea (C-61/11/PPU del 28 aprile 2011), analizzata nel Cap. 1, par. 9.

La relazione illustrativa al decreto legge è esplicita sul punto, con riguardo alle ragioni della riformulazione di entrambe le fattispecie di reato.

Nella relazione, infatti, si legge:

“e) comma 5-ter. A seguito dei recenti orientamenti giudiziari, soprattutto della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (C-61/11/PPU del 28 aprile 2011), è stata eliminata – al fine di assicurare il cosiddetto «effetto utile» della direttiva, ossia l'effettivo allontanamento dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione – la previsione della reclusione per chi non ottempera all'ordine del questore, sostituita, ora, con la multa, quale sanzione per un

comportamento che, comunque, rimane antigiuridico. Con la suddetta sentenza, la Corte ha, infatti, sostenuto che, dovendo ogni Stato membro agire per eseguire i provvedimenti di rimpatrio, lo stesso non deve adottare misure che ne compromettano l'esecuzione, quali la reclusione, conseguente al reato di violazione dell'ordine del questore, in quanto non costituisce una misura volta a effettuare il rimpatrio ma ne ostacola l'esecuzione. La pena pecuniaria, in caso di violazione dell'ordine, costituisce un ulteriore deterrente per la presenza irregolare sul territorio nazionale, nell'ambito delle misure, anche penali, volte all'esecuzione del provvedimento di rimpatrio, ferme restando quelle già previste dell'accompagnamento coattivo, del trattenimento nel CIE e dell'intimazione del questore. In caso di condanna, la sanzione può essere sostituita dal giudice con l'espulsione. L'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione da parte del prefetto conseguente alla violazione dell'ordine del questore – indipendente dall'espulsione decisa dal giudice – non è automatica ma è disposta previa valutazione effettuata caso per caso; f) comma 5-quater. Per le medesime finalità connesse al perseguimento del cosiddetto «effetto utile» della direttiva, evocato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, al comma 5-quater è stata eliminata la sanzione della reclusione per chi non ottempera all'ordine del questore, sostituita, ora, con la multa per lo straniero che permane, inottemperante all'ordine di lasciare il territorio nazionale. Inoltre, in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 359 del 17 dicembre 2010, si è reso necessario introdurre l'esimente del «giustificato motivo», già prevista per il primo ordine di allontanamento del questore, di cui al comma 5-ter”.

Il ragionamento contenuto nella relazione illustrativa al decreto legge sul punto, è, in sintesi, questo: la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che le sanzioni penali detentive comminate nel corso della procedura amministrativa contrastino con “l'effetto utile” della direttiva rimpatri poiché potrebbero essere contrarie allo scopo dell'allontanamento dello straniero; la sostituzione, con riguardo a tali fattispecie, della sanzione detentiva con quella pecuniaria, elimina l'ostacolo rilevato dalla Corte di Giustizia all'esecuzione del rimpatrio e ha, al contempo, un effetto deterrente che si aggiunge a quello delle altre misure amministrative. Peraltro, la sanzione pecuniaria può essere sostituita con la sanzione dell'espulsione in via giudiziaria.

In sostanza, nell'ottica del legislatore, si elimina l'ostacolo rilevato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e si giustifica il mantenimento delle fattispecie incriminatrici in ragione del loro effetto deterrente.

Le domande che occorre, a questo punto, porsi sono:

gli interventi posti in essere dal legislatore nel 2011 sono sufficienti a superare i rilievi fatti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e l'assetto attuale è conforme alla cd. direttiva rimpatri e alla Costituzione?

Per rispondere a questo quesito, occorre innanzitutto rilevare che il legislatore del 2011 è intervenuto sulla norme contenute nell'art. 14, co. 5 bis, 5 ter e 5 quater, TU imm., secondo le seguenti direttrici di fondo:

1. la previsione della sanzione della multa, in luogo della previgente sanzione della reclusione, per entrambe le fattispecie di reato;
2. il mutamento, in parte consequenziale, della disciplina processuale, secondo i seguenti punti:
 - a. l'attribuzione della competenza al giudice di pace;
 - b. la previsione, come nel caso del reato contemplato dall'art. 10 bis TU, della possibilità, per il giudice, di irrogare l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva alla pena pecuniaria;

c. la cancellazione della precedente disciplina che prevedeva l'arresto obbligatorio in flagranza e il giudizio per direttissima.

3. il legislatore non è, invece, in sostanza intervenuto sui provvedimenti amministrativi in cui si articola la procedura amministrativa successivamente all'emissione dell'ordine di allontanamento da parte del questore ai sensi dell'art. 14, co. 5 bis, TU, ed in caso di sua violazione, provvedimenti che, come si è accennato, per così dire “doppiano” il procedimento giudiziario per l'accertamento del reato di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU; vale a dire, rispettivamente, il nuovo ordine di espulsione che emette il prefetto ai sensi del co. 5 ter dell'art. 14, rispetto al quale il legislatore si è limitato ad aggiungere che esso debba essere emesso dal prefetto “valutato il singolo caso”, e i conseguenti provvedimenti emessi dal questore in esecuzione di tale decreto di espulsione, vale dire, nell'ordine, l'accompagnamento coattivo alla frontiera, il trattenimento in un CIE o il nuovo ordine di allontanamento; gli analoghi provvedimenti che il questore emette, ai sensi del co. 5 quater dello stesso articolo del TU, quando anche quest'ultimo ordine di allontanamento sia rimasto inottemperato.

Quanto a quest'ultimo punto, occorre ricordare, che il legislatore, è, almeno formalmente, intervenuto sulla norme del TU, nel senso di assicurare il rispetto del principio di gradualità e proporzionalità degli atti coattivi della procedura amministrativa finalizzata al rimpatrio, ma non ha toccato la questione di quale debba essere il trattamento del cittadino del Paese terzo, nel caso in cui, pure dopo che la procedura amministrativa abbia raggiunto, in crescendo, il suo apice con il trattenimento dello straniero in un CIE fino al termine massimo di diciotto mesi, nonostante ciò, lo Stato non sia riuscito ad eseguire il suo rimpatrio.

La soluzione adottata dal legislatore italiano nel previgente sistema del TU, vale a dire un ripetersi di atti amministrativi che, nella sostanza, “doppiano” quelli già emessi nella prima fase della procedura, soluzione implicitamente riproposta anche a seguito dell'intervento del d.l. n. 89 del 2011, che si è limitato ad aggiungere, probabilmente consapevole della criticità della questione, che il provvedimento di espulsione del prefetto debba essere emesso “valutato il singolo caso”, è, a parere dello scrivente, contrario al sistema della cd. direttiva rimpatri, che impone che una volta che la procedura abbia esaurito la propria massima capacità coercitiva, non possa ripetersi.

Perciò, quando lo Stato, pure avendo agito diligentemente ed anzi compiuto “ogni ragionevole sforzo” per eseguire il rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, non sia stato in grado di eseguirlo, e sia scaduto in termine massimo contemplato per la detenzione amministrativa in un CIE, non potrà che rinunciare o quanto meno limitare i propri poteri coercitivi.⁸⁶

86. A questa conclusione è già arrivata la Corte di Giustizia, Grande Sezione, 30 novembre 2009, Kadzoev, C 357/09, già citata. In tale sentenza è stata, infatti, anche affrontata la questione degli effetti della scadenza del termine massimo contemplato dalla direttiva rimpatri con riguardo al trattenimento nei CIE. Al riguardo, nella motivazione della sentenza si legge: “68 Con tale questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 15, nn. 4 e 6, della direttiva 2008/115 consenta, sebbene il periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva sia scaduto, di non liberare immediatamente l'interessato in quanto egli non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine. 69 In proposito occorre sottolineare che, come emerge segnatamente dai punti 37, 54 e 61 di questa sentenza, l'art. 15, n. 6, della direttiva 2008/115 non

Questa conclusione è anche legittimata da una previsione della cd. direttiva rimpatri, non a caso non riprodotta dal legislatore italiano, analizzata nel cap. I, par. 5, con riguardo al principio di strumentalità del trattenimento al rimpatrio, vale a dire l'art. 15, par. 4, della direttiva, che stabilisce che il trattenimento non è più giustificato “quando non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi” e che in tali casi la persona interessata è immediatamente rilasciata.

Analogamente a quanto previsto da quest'ultima norma, dovrà ritenersi che un periodo di trattenimento in un CIE successivo al primo, quando questo si sia rivelato infruttuoso ad eseguire il rimpatrio, non potrà che ritenersi illegittimo, perché in violazione della cd. direttiva rimpatri, dal momento che l'infruttuosità del primo trattenimento non potrà non essere considerata un motivo dal quale trarre l'assenza di una “ragionevole prospettiva di allontanamento”.

Una tale conclusione, almeno nella parte in cui arriva ad affermare che la procedura amministrativa di rimpatrio debba concludersi, quando abbia inefficacemente esaurito la propria massima capacità coercitiva, pare anche legittimata dai paragrafi finali della sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata.

Si intende riferirsi ai paragrafi 59 e 60 della sentenza, in cui la Corte fa rilevare, a proposito della pena detentiva prevista dal previgente art. 14, co. 5 ter, TU imm.:

“59 Una tale pena, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 42 della sua presa di posizione, una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio.

60 Ciò non esclude la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare.”.

Nei passi appena citati, la Corte dà per scontato che le misure coercitive di carattere amministrativo possano non avere consentito di realizzare l'allontanamento dello straniero, ed individua in questa fase uno spazio di intervento dello Stato, facendo implicito riferimento allo “spazio” dell'intervento penale.

Quanto agli interventi “positivi” adottati dal legislatore del 2011 in risposta alla sentenza della Corte di Giustizia appena citata, occorre iniziare dal primo punto, vale a dire dalla previsione della sanzione della multa, in luogo della previgente sanzione della detenzione, per entrambe le fattispecie di reato.

autorizza in nessun caso il superamento del periodo massimo definito in tale disposizione. 70 La possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115. Pertanto, nessuna delle circostanze richiamate dal giudice del rinvio può costituire, di per sé, un motivo di trattenimento ai sensi delle disposizioni di tale direttiva. 71 Conseguentemente, occorre risolvere la quarta questione dichiarando che l'art. 15, nn. 4 e 6, della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che non consente, quando il periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva sia scaduto, di non liberare immediatamente l'interessato in quanto egli non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine.”

Questo tipo di intervento pone due ordini di problemi:

1. innanzitutto, un così radicale mutamento del trattamento sanzionatorio è ragionevole, in assenza di un cambiamento sul disvalore della fattispecie incriminatrice?
2. in secondo luogo, la previsione della sanzione della multa, giustificato, nella relazione illustrativa al decreto legge, in ragione della sua efficacia deterrente, è, in sé, ragionevole? Alla previsione della multa, soprattutto se calata nel contesto delle altre norme di natura penale e amministrativa, può ragionevolmente collegarsi un effetto deterrente?

La prima questione presenta delle evidenti analogie con quelle che si erano poste all'indomani della riforma della sanzione della fattispecie incriminatrice dell'art. 14, co. 5 ter, TU imm., attuata con il decreto - legge n. 241 del 2004.

Tale fattispecie, introdotta dalla legge cd. Bossi - Fini, costituiva in origine un reato contravvenzionale, salvo, poi, a seguito del decreto legge n. 241 del 2004, convertito con modificazioni nella legge n. 271 del 2004, diventare un delitto, punito, peraltro, con pena detentiva molto alta, in risposta alla sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del luglio del 2004, dichiarativa dell' illegittimità costituzionale della norma.

Ci sono delle analogie tra le questioni, perché anche il decreto - legge n. 241 del 2004, convertito con modificazioni nella legge n. 271 del 2004, aveva inciso soltanto sul trattamento sanzionatorio della fattispecie incriminatrice, in quel caso aggravandolo notevolmente rispetto alla previsione originaria, e al fine di salvare la norma penale a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del luglio del 2004, che aveva ritenuto l' illegittimità costituzionale della norma, dal momento che contemplava l'arresto obbligatorio in flagranza ed il giudizio per direttissima, pur se i limiti edittali della pena non consentivano l'applicazione di misura cautelare.

Allo stesso modo, anche il d.l. n. 89 del 2011 ha inciso esclusivamente sul trattamento sanzionatorio della fattispecie incriminatrice, questa volta nella direzione contraria, sostituendo la pena della reclusione con quella della multa, ma pur sempre al fine di salvare la fattispecie incriminatrice a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011.

Allora si osservò, in numerose ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale, che le scelte sanzionatorie del legislatore sarebbero discrezionali solo fino al limite della ragionevolezza, e non potrebbero risolversi nella comminatoria di pene sproporzionate al disvalore del fatto criminoso e che la stessa funzione rieducativa del trattamento sarebbe pregiudicata da una palese eccedenza del sacrificio della libertà personale in proporzione all'offesa recata dalla condotta punibile (sentenze n. 343 del 1993 e n. 313 del 1990).

Si sottolineò, inoltre, che

“proprio l'esame dei lavori preparatori delle Camere consente di individuare la “ragione” unica dell'emendamento (con il quale si prevedeva l'inasprimento della pena), esplicitata dallo stesso relatore della legge, che ha spiegato come questo inasprimento di pena si fosse reso necessario per poter continuare ad arrestare e mantenere in carcere il “disobbediente”, dopo che la mannaia della Corte Costituzionale” aveva, il 20 luglio 2004, dichiarato illegittima la precedente normativa elaborata sul punto (v.A.C. 5369, discussione del 2 novembre 2004). In tal modo il

legislatore non solo ha introdotto nell'ordinamento una pena sproporzionata ed incongrua rispetto a quello previsto per lo stesso fenomeno solamente due anni prima, violando gli artt. 3 e 27 Cost., ma ha inserito nell'ordinamento un ulteriore elemento di irragionevolezza, piegando il diritto penale sostanziale alle esigenze di quello processuale e ponendo entrambi a sostegno dell'attività di polizia, con un'inversione dei piani e dei ruoli istituzionali di tutta evidenza.”⁸⁷

Le critiche che si movevano e le conseguenti questioni di costituzionalità erano dunque incentrate sui seguenti rilievi:

1. il trattamento sanzionatorio deve essere proporzionato al disvalore del fatto, perché, altrimenti, si viola il criterio di ragionevolezza e viene pregiudicata la funzione rieducativa della pena;
2. il diritto penale non può essere piegato alle esigenze di quello processuale ed essere posto a sostegno dell'attività di polizia.

Allo stesso modo, si potrebbe, oggi, ritenere violato il criterio di ragionevolezza e la funzione rieducativa della pena, sulla base degli stessi argomenti, vale a dire che il trattamento sanzionatorio deve essere ancorato al disvalore del fatto e che il diritto penale non può essere piegato alle esigenze della procedura amministrativa di espulsione, tanto che possa essere questa a determinare il tipo di sanzione penale che debba essere prevista nella fattispecie incriminatrice, in modo che non sia d'intralcio al suo efficace dispiegarsi.

Ad entrambe le critiche la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 22 del 2007, con la quale sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5-ter, primo periodo, del TU imm., invero, non ha risposto compiutamente, cogliendo solo l'aspetto per così dire sostanziale dell'inasprimento della pena e della sua ragionevolezza intrinseca, e salvando la norma censurata grazie al ricorso alla clausola del “giustificato motivo”, che avrebbe comunque escluso dalla sfera della punibilità le condotte di impossibilità o di grave difficoltà, facendo rientrare, così, nella sfera della punibilità, solo condotte di una certa rilevanza. Nella motivazione della sentenza si legge, a tal proposito:

“7.4. – Quanto all'eccessivo rigore della norma censurata, lamentato in gran parte delle ordinanze di rimessione, da cui si dedurrebbe una irragionevolezza intrinseca della norma stessa, si deve anzitutto ricordare che questa Corte, conformemente alla sua recente giurisprudenza (sentenza n. 5 del 2004; ordinanze numeri 302 e 80 del 2004), ha sottolineato «il ruolo che, nell'economia applicativa della fattispecie criminosa, è chiamato a svolgere il requisito negativo espresso dalla formula “senza giustificato motivo”, presente nella descrizione del fatto incriminato dal citato comma 5-ter dell'art. 14» (ordinanza n. 386 del 2006). Tale formula, secondo la citata giurisprudenza, copre tutte le ipotesi di impossibilità o di grave difficoltà (mancato rilascio di documenti da parte dell'autorità competente, assoluta indigenza che rende impossibile l'acquisto di biglietti di viaggio e altre simili situazioni), che, pur non integrando cause di giustificazione in senso tecnico, impediscono allo straniero di prestare osservanza all'ordine di allontanamento nei termini prescritti. I giudici rimettenti, in realtà, hanno censurato la previsione legislativa della misura delle pene, minima e massima, per la fattispecie di cui alla norma oggetto del presente giudizio, indipendentemente dalla restrizione dell'ambito applicativo che, nell'apprezzamento della concreta offensività delle condotte sanzionate, deve essere operata in via d'interpretazione.”.

⁸⁷ ordinanza della C. App. di Venezia – sez. 3, del 4 ottobre 2005.

La Corte ha utilizzato, nella stessa sentenza, anche l'argomento basato sulla mancanza di precisi punti di riferimento, per arrivare alla conclusione che, in ogni caso, non sarebbe stata possibile una pronuncia caducatoria o additiva:

“Si deve aggiungere a quanto detto sopra che questa Corte non può, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nell'attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate. Né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un'altra, senza l'esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta.”.

Ma ha sollecitato, in conclusione, un intervento del legislatore:

“In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate”.

A cinque anni di distanza dall'invito della Corte, al quale, invero, ne sono seguiti altri, può dirsi con sufficiente sicurezza non solo che “gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie” non sono stati eliminati, ma, al contrario, si sono accentuati.

Il legislatore italiano, lungi dal cogliere l'occasione rappresentata dall'entrata in vigore della cd. direttiva rimpatri per dare ordine al sistema del procedimento di rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, collegando a ciascuna fase di tale procedimento chiari provvedimenti e corrispondenti situazioni soggettive in capo allo straniero, in una prospettiva e sequenza in grado di coniugare efficacia e garanzie, ha in molti casi tentato evidentemente di eludere la normativa europea, affiancando inoltre, ad un sistema amministrativo divenuto difficilmente decifrabile ed ingiustificatamente ridondante, un sistema penale, che, nella migliore delle ipotesi, vale dire nell'ipotesi in cui il procedimento, incardinato dinanzi al giudice di pace, sfoci in una sentenza (ciò che è possibile, come si è già detto, solo nel caso in cui l'espulsione non sia stata nel frattempo eseguita in via amministrativa, caso in cui il giudice dovrà emettere una sentenza di non luogo a procedere), potrà, in caso di sentenza di condanna, portare o alla condanna alla pena pecuniaria, che, nella stragrande maggioranza dei casi non potrà in nessun modo essere efficacemente pretesa, e che, comunque sarà, pur sempre, subordinata alla mancata esecuzione dell'espulsione, o alla condanna all'espulsione come sanzione sostitutiva, che non farà che aggiungersi alle altre, e possibilmente innumerevoli, e funzionalmente identiche, decisioni di rimpatrio già adottate in sede amministrativa.

Deve poi notarsi che le disarmonie del sistema si sono accentuate per effetto delle ultime vicende legislative.

Basti pensare che, dal 2009, il legislatore, con l'introduzione del reato cd. di “immigrazione clandestina”, ha ritenuto di dovere perseguire penalmente la mera condotta dell'ingresso o soggiorno illegale dello straniero, con ciò implicitamente mostrando di attribuire un maggiore disvalore a queste stesse condotte, che, in precedenza, erano estranee alla sfera del penalmente rilevante. Nel 2011 ha poi, in modo contraddittorio, ridotto notevolmente le pene previste per i reati di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm., vale a dire per quei reati che presuppongono la

condizione di irregolarità e vi aggiungono, come ulteriore elemento, la violazione della decisione di rimpatrio, nei termini che si sono già illustrati.

E chissà che di fronte a tante e tali disarmonie ed incongruenze, la Corte Costituzionale non ritenga attualmente superati quei limiti di ragionevolezza nell'ambito dei quali ha finora ritenuto di potere iscrivere la discrezionalità del legislatore.

Possono poi avanzarsi dubbi in ordine alla conformità delle due nuove fattispecie incriminatrici rispetto alla cd. direttiva rimpatri.

Come si è detto nel cap. I, par. 9, la Corte Europea di Giustizia, nel dichiarare il contrasto delle precedenti fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU con la direttiva rimpatri, lo ha fatto sulla base di una motivazione, per certi aspetti lineare, che si è definita "minima" (la detenzione contrasta con l'effetto utile della direttiva che consiste nell'esecuzione del rimpatrio), che è stata con questo significato colta dal legislatore italiano.

Nel par. 9 del cap. I, si è tuttavia anche sottolineato che la Corte Europea di Giustizia, pure avendo offerto degli importanti spunti, con riguardo allo spazio del diritto penale all'interno della procedura di rimpatrio e della inderogabilità *in peius* della direttiva, non ne ha tuttavia fino in fondo seguito le premesse, in particolare lasciando irrisolta la questione della possibilità per il legislatore interno di dettare norme penali in funzione servente rispetto ai singoli atti della procedura, in modo da rafforzare, almeno teoricamente, la prospettiva di ottemperanza da parte del destinatario.

Sarà, questa senz'altro, una questione con cui dovranno confrontarsi gli interpreti.

Può, comunque, sin da ora avanzarsi una prima soluzione.

Come si è detto sopra, la direttiva comunitaria non è funzionale esclusivamente all'esecuzione del rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante, ma anche a garantire che tale procedura sia scandita in fasi, regolate da un uso proporzionato delle misure coercitive e della forza, cui corrispondono, come affermato pacificamente dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, posizioni soggettive in capo al soggetto irregolarmente soggiornante.

Orbene, se la procedura è così scandita, modulandosi attorno a diritti, o comunque posizione di interesse giuridicamente tutelato in capo al destinatario degli atti in cui si snoda, e se, come si è sopra ricordato, la direttiva non può essere derogata *in peius*, non si vede come non si debba considerare una inammissibile deroga *in peius* che la procedura sia rafforzata con misure penali serventi, ciò che non può non influire anche nel senso di una rimodulazione e un peggioramento della posizione del singolo nella corrispondente fase del procedimento.

Nel caso della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU imm. (ma analogo discorso può farsi con riferimenti alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 quater), è del tutto evidente che la sanzione penale ha una funzione servente rispetto all'ottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore, e perciò ha una funzione strumentale al rimpatrio in grado di incidere in senso sicuramente peggiorativo sulla posizione soggettiva del destinatario, rappresentando perciò una inammissibile deroga *in peius* della cd. direttiva rimpatri, in contrasto con l'art. 4 della direttiva medesima.

4. Analisi della costituzionalità e conformità alla cd. direttiva rimpatri della previsione della fattispecie di reato dell'art. 10 bis TU imm.

L'esigenza di una rivisitazione della questione si pone, senz'altro, come conseguenza della pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011.

Come si è visto nei paragrafi che precedono, tale pronuncia è successiva solo di qualche mese alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 250 del 2010, di rigetto della questione di incostituzionalità del reato di cui all'art. 10 bis TU imm.

Tale pronuncia basava la propria motivazione su un passaggio cruciale, vale a dire che lo Stato abbia un potere discrezionale in ordine alla risposta sanzionatoria da prevedere nei confronti del cittadino di un Paese terzo che non abbia ottemperato alle regole sui flussi migratori.

Nella motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, si legge, a tal proposito:

“Il controllo giuridico dell'immigrazione – che allo Stato, dunque, indubbiamente compete (sentenza n. 5 del 2004), a presidio di valori di rango costituzionale e per l'adempimento di obblighi internazionali – comporta, d'altro canto, necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime. Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa (com'era anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia.”

Questo argomento veniva ulteriormente articolato dalla Corte Costituzionale con riferimento alla sanzione della ammenda, vale a dire la sanzione penale contemplata dall'art. 10 bis TU.

Anche questa sanzione, secondo la Corte, superava il vaglio di ragionevolezza e rientrava nelle sfere di discrezionalità del legislatore:

“È pure difficilmente contestabile, per altro verso, che – come da più parti criticamente rimarcato – la pena dell'ammenda, applicabile nei casi di mancata esecuzione (o eseguibilità immediata) dell'espulsione, presenti una ridotta capacità dissuasiva: e ciò, a fronte della condizione di insolvibilità in cui assai spesso (ma, comunque, non indefettibilmente) versa il migrante irregolare e della difficoltà di convertire la pena rimasta ineseguita in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 del d.lgs. n. 274 del 2000), stante la problematica compatibilità di tali misure con la situazione personale del condannato, spesso privo di fissa dimora e che, comunque, non può risiedere legalmente in Italia.

Simili valutazioni – al pari di quella attinente, più in generale, al rapporto fra “costi e benefici” connessi all'introduzione della nuova figura criminosa, rapporto secondo molti largamente deficitario (tanto più in un sistema che già prevede, in caso di mancata esecuzione immediata dell'espulsione, l'ordine di allontanamento del questore, che innesca la più energica tutela penale predisposta dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998) – attengono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità. Come già ad altro fine rimarcato, difatti, «non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza» (sentenza n. 236 del 2008).”

Come si è visto, la pronuncia della Corte Costituzionale è intervenuta quando non era ancora scaduto il termine per il recepimento della cd. direttiva rimpatri, e, tuttavia, la Corte si è occupata, seppure incidentalmente, della questione della conformità della fattispecie incriminatrice rispetto alla normativa comunitaria, per escluderne la rilevanza ai fini della decisione sulla costituzionalità dell'art. 10 bis TU imm., sulla base dell'argomento che la direttiva avrebbe, al più, potuto incidere sulle norme del TU che prevedono che l'accompagnamento coattivo alla frontiera costituisca la modalità ordinaria di esecuzione dell'espulsione:

“Va esclusa, del pari, la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., prospettata dal Giudice di pace di Lecco per asserita contrarietà della norma impugnata alla direttiva 2008/115/CE, segnatamente nella parte in cui quest'ultima prefigura come modalità ordinaria di esecuzione delle «decisioni di rimpatrio» dei cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno è irregolare, la fissazione di un termine per la «partenza volontaria» (art. 7). Non occorre verificare, in questa sede, la reale validità dell'argomento su cui poggia la censura e consistente, in sostanza, nell'assunto per cui la facoltà degli Stati membri di non applicare la citata direttiva ai «cittadini di paesi terzi [...] sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale» (art. 2, paragrafo 2, lettera b) dovrebbe ritenersi riferita, per non svuotare di senso la direttiva stessa, esclusivamente alle fattispecie penali diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare. È sufficiente osservare che il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non è ancora scaduto, risultando fissato al 24 dicembre 2010 (art. 20): circostanza che rende, allo stato, comunque non significativo, ai fini della configurabilità della lesione costituzionale denunciata, l'ipotizzato contrasto con la disciplina comunitaria.

Peraltro, detto contrasto non deriverebbe comunque dall'introduzione del reato oggetto di scrutinio, quanto piuttosto – in ipotesi – dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (in particolare, art. 13, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998): norme diverse, dunque, da quella impugnata”.

A seguito della pronuncia della Corte di Giustizia Europea, può senz'altro dirsi che gli argomenti utilizzati dalla Corte Costituzionale siano stati superati, nel senso che la risposta sanzionatoria dello Stato all'illecito consistente nella violazione della regole sul controllo dell'immigrazione non rientra totalmente nella sfera di discrezionalità del legislatore, trattandosi, invece, di una discrezionalità limitata dalla cd. direttiva rimpatri, che detta una normativa in grado, senz'altro, di incidere sulla normativa interna anche aldilà della previsione dell'accompagnamento coattivo alla frontiera come regola per eseguire le espulsioni.

Alcuni passi della pronuncia della Corte di Giustizia Europea smentiscono in modo esplicito queste affermazioni.⁸⁸

88 Si riporta il più significativo in merito: “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 (v. in questo senso, in particolare, sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, Racc. pag. 2595, punto 27; 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan, Racc. pag. 195, punto 19, e 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens, Racc. pag. I-3711, punto 19). 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 ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione. In particolare, detti Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la

Si tratta, in questa sede, di cercare di stabilire in che termini la discrezionalità del legislatore sia limitata, se solo nel senso “minimo”, esplicitamente ricavabile dalla pronuncia della Corte Europea, nel senso, cioè, che il legislatore non possa prevedere sanzioni, quale quella della reclusione, prevista dal testo del TU vigente, in relazione alle fattispecie di reato di cui all’art. 14, co. 5 ter e quater, che ostacolano “l’effetto utile” della procedura di rimpatrio, vale a dire il rimpatrio del cittadino del Paese terzo, oppure se, anche, non possa prevedere sanzioni, se non in un’ottica e con la esclusiva funzione di realizzare il rimpatrio.

Il “significato minimo” della pronuncia della Corte di Giustizia è tutt’altro che scontato, dal momento che il quesito posto alla Corte si riferiva solo alle norme del TU di cui all’art 14, co. 5 ter e quater.

Se dalla pronuncia della Corte si deve ricavare che gli artt. 15 e 16 della direttiva comunitaria impongono allo Stato membro una determinata reazione nei confronti del cittadino non ottemperante alla decisione di rimpatrio, reazione che deve risolversi ed esaurirsi in una serie di atti a intensità coercitiva crescente, tutti funzionali al rimpatrio, e che però devono arrestarsi al periodo massimo di trattenimento in un CIE, ci sono, in modo analogo, nella cd. direttiva rimpatri, norme che impongono allo Stato un determinato comportamento, nel caso del cittadino di Paese terzo, che prima ancora di essere non ottemperante alla decisione di rimpatrio, sia (solo) irregolarmente soggiornante?

Si possono individuare, nella direttiva comunitaria, delle norme che vincolano il comportamento dello Stato membro, nel trattamento della condizione di irregolarità del soggiorno o dell’ingresso nel territorio nazionale in quanto tale?

Per tentare di rispondere a questa domanda, occorre innanzitutto verificare, pure dopo le affermazioni della Corte di Giustizia se la cd. direttiva rimpatri abbia un oggetto tale da ricomprendere anche la fattispecie prevista dall’art. 10 bis. TU.

Sul punto, occorre premettere che la cd. direttiva rimpatri ha, ai sensi del suo art. 1, come oggetto, “le norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo.”.

Per rimpatrio, ai sensi dell’art. 3, par. 3, della direttiva, deve intendersi “il processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente”.

La decisione di rimpatrio, è, ai sensi dell’art. 3, par. 4, della direttiva, “la decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l’irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l’obbligo di rimpatrio”.

Dunque, oggetto della direttiva sono le norme e procedure che regolano il processo di ritorno del cittadino di un Paese terzo irregolarmente soggiornante, in ragione della sua irregolarità.

Il primo atto della procedura è la decisione di rimpatrio, che attesta l’irregolarità del soggiorno e dispone, di conseguenza, il rimpatrio.

Se questo è l’oggetto della direttiva, non pare possa esservi dubbio che vi rientri anche la fattispecie incriminatrice prevista dall’art. 10 bis TU, e la procedura per l’accertamento del reato, che è, in tutto e per tutto, una procedura finalizzata al

realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile.”

rimpatrio, vale a dire una procedura che ha per oggetto (esclusivo) la condizione di irregolarità del soggiorno e può sfociare in una “decisione di rimpatrio”, come è senz’altro la sanzione dell’espulsione come sanzione alternativa alla pena pecuniaria.

Del resto, sul punto, è chiarissima la direttiva, nel prevedere che “decisione di rimpatrio” possa anche essere un atto giudiziario, come tale emanato all’esito di una procedura giurisdizionale.

Il procedimento dinanzi al giudice di pace per l’accertamento del reato, è, in sintesi, null’altro che una procedura di rimpatrio, una procedura giurisdizionale, che si sovrappone ed aggiunge a quella che contemporaneamente nasce e si sviluppa in sede amministrativa.

Né può fondatamente sostenersi che la circostanza che tale procedura abbia ad oggetto l’accertamento di un reato possa sottrarla a questa qualificazione.

Trattandosi di una procedura giurisdizionale di rimpatrio che può sfociare in una decisione di rimpatrio, è soggetta ai limiti che la direttiva pone agli Stati membri, che, in particolare, a quello previsto dall’art. 4, par. 3, che dispone che essi non possono derogare *in peius* alla normativa in essa dettata.

In questa prospettiva, pare debba ritenersi illegittima, per contrasto con l’art. 7 della direttiva, nella parte in cui dispone che la decisione di rimpatrio debba essere, di regola, accompagnata, dalla concessione di un termine per la partenza volontaria, la previsione dell’art. 13, co. 4, lett. f), secondo la quale, al contrario, il provvedimento di espulsione emesso dal giudice di pace debba avere immediata esecuzione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

Allo stesso modo, anche la previsione della sanzione della ammenda, vale a dire della sanzione principale contemplata per l’ipotesi di reato di cui all’art. 10 bis TU, rappresenta una deroga *in peius* alla normativa comunitaria.

L’art. 7 della direttiva, sicuramente da ritenersi dotata di efficacia diretta nell’ordinamento interno, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, attribuisce allo straniero irregolarmente soggiornante una posizione di vantaggio, che consiste nel potere godere, ameno di regola, di un congruo periodo per dare “volontariamente” attuazione alla decisione di rimpatrio.

La sanzione della multa, eventualmente applicata dal giudice di pace in ragione solo della condizione di irregolarità del soggiorno, senz’altro costituisce una deroga *in peius* della normativa comunitaria.

Si pensi al caso in cui, in ipotesi, allo straniero irregolarmente soggiornante sia stato, in sede amministrativa, concesso un termine per la partenza volontaria.

Costruirebbe senz’altro una violazione dell’art. 7 della direttiva che, in pendenza di tale termine, venisse condannato, in sede di giudizio dinanzi al giudice di pace, alla multa o alla sanzione sostitutiva della espulsione.

Le sanzioni previste dall’art. 10 bis TU sono, dunque, in ogni caso, derogatorie *in peius* della normativa dettata dalla direttiva comunitarie e, in particolare, in contrasto con l’art. 7 della stessa.

5. Il ruolo del giudice di pace nel procedimento amministrativo di rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante e nella cognizione delle fattispecie di reato collegate alla condizione di irregolarità

Da quanto detto nei paragrafi che precedono, emerge in modo netto e chiaro la preponderanza del ruolo attribuito dal TU imm., come modificato dal d.l. n. 89 del 2011, al giudice di pace nel procedimento amministrativo di rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante e nella cognizione delle fattispecie di reato collegate alla condizione di irregolarità, tanto da farne un vero e proprio giudice dei diritti dei migranti, quanto meno in ordine alle condizioni che regolano il loro soggiorno all'interno del territorio nazionale, condizioni alle quali sono però collegati importanti e penetranti provvedimenti che incidono sulle loro libertà e diritti fondamentali.

Si è infatti assistito negli anni, soprattutto dal 2004 in poi, ma in modo ancora più accentuato a partire dall'emanazione del "pacchetto sicurezza" del 2009, a un progressivo ampliamento di tale ruolo, con l'attribuzione al giudice di pace di una serie di competenze assolutamente non contemplate, né probabilmente prevedibili, al momento della entrata in vigore della legge istitutiva delle competenze penali dell'organo (la l. n. 274 del 2000).

Una ricognizione sintetica delle competenze affidate al giudice di pace farà emergere con nettezza l'ampiezza e rilevanza di tali attribuzioni:

1. ai sensi dell'art. 13, co. 8, TU imm., al giudice di pace è attribuita la competenza con riguardo al ricorso proposto avverso il decreto di espulsione emesso dal prefetto. Questa attribuzione è stata conferita al giudice di pace dalla legge Bossi - Fini, mentre la precedente formulazione della norma aveva fissato la competenza avverso il ricorso in capo al tribunale in composizione monocratica; si tratta di una attribuzione senz'altro di particolare rilevanza anche sotto il profilo della complessità delle questioni specie in un contesto normativo, come quello attuale, certamente caotico e caratterizzato dal susseguirsi di fonti eterogenee, come quelle interne e quelle comunitarie. In particolare, a seguito della entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, al giudice di pace è stato affidato anche il difficile compito di sindacare in ordine alla legittimità del decreto di espulsione emesso dal prefetto, anche con specifico riguardo alla concessione, o meno, allo straniero irregolarmente soggiornante, del termine per la partenza volontaria, questione, che, come si è visto nelle pagine che precedono, si è ritenuto di potere risolvere solo attraverso una interpretazione comunitariamente orientata della normativa nazionale, e che chiama in causa e coinvolge diritti fondamentali dell'immigrato nei confronti dell'autorità statale, in ragione della sua condizione di irregolarità in quanto tale;
2. ai sensi dell'art. 13, co. 5.2, TU imm., al giudice di pace è attribuita, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, la competenza in ordine alla convalida del provvedimento con il quale il questore abbia applicato, ai sensi dello stesso articolo, l'una o l'altra delle misure ivi contemplate, nonché in ordine alla revoca o modifica di tali misure, sentito il questore. Come si è visto nelle pagine che precedono, si tratta di misure che limitano la libertà personale del destinatario e che hanno, in sostanza, una funzione cautelare, essendo preordinate a prevenire il rischio di fuga dello straniero irregolarmente soggiornante, assicurandone l'effettività del rimpatrio. Anche questa attribuzione è dunque di fondamentale importanza per la posizione soggettiva dello straniero irregolare destinatario della misura e anche essa implica la soluzione e l'interpretazione di questioni di particolare

complessità, che anche in questo caso, si è ritenuto, nelle pagine che precedono, di potere risolvere solo attraverso lo strumento della interpretazione comunitariamente orientata della disciplina nazionale;

3. ai sensi dell'art. 13, co. 5 bis, TU imm., al giudice di pace è attribuita la competenza in ordine alla convalida del provvedimento con il quale il questore abbia disposto, ai sensi del co. 4 dello stesso articolo, l'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera. Anche in questo caso, si tratta di una attribuzione di enorme complessità e rilevanza, specie se si consideri che, ai sensi dello stesso co. 5 bis appena citato, il ricorso per cassazione proponibile avverso il provvedimento di convalida del giudice di pace non sospende l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale e, dunque, il provvedimento di convalida ha, di fatto, un effetto irreversibile sulla posizione soggettiva del destinatario dell'atto;
4. ai sensi dell'art. 14, co. 1 bis, TU imm., al giudice di pace è attribuita la competenza in ordine alla convalida del provvedimento con il quale il questore abbia applicato, ai sensi dello stesso articolo, una o l'altra delle misure ivi contemplate, nonché in ordine alla revoca o modifica di tali misure, sentito il questore. Valgono, in proposito, per l'affinità del tema, le considerazioni già fatte al punto 2.;
5. ai sensi dell'art. 14, co. 3 e 4, TU imm., al giudice di pace è attribuita la competenza in ordine alla convalida del provvedimento con il quale il questore abbia disposto il trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione;
6. ai sensi dell'art. 14, co. 3 e 4, TU imm., al giudice di pace è attribuita la competenza in ordine a tutte le proroghe, fino al termine finale complessivo attualmente elevato a diciotto mesi, del trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione. Si tratta dell'attribuzione di competenza senz'altro più importante, sia per la complessità delle questioni in gioco, specie se si consideri il latente contrasto tra la normativa comunitaria e la normativa interna e se si consideri che il periodo di trattenimento elevato a diciotto mesi è un periodo lunghissimo, che rende la detenzione amministrativa presso un centro di identificazione ed espulsione una delle misure più gravi ed incisive sulla libertà personale contemplate dall'ordinamento.

Pare, già a questo punto del discorso, utile sottolineare che, per effetto della norma contenuta nel co. 5 ter dell'art. 13 TU imm.⁸⁹, introdotta dalla l. n. 271 del 2004, per i procedimenti di convalida del provvedimento del questore che dispone l'accompagnamento coattivo alla frontiera o il trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione, è prevista la possibilità che essi si svolgano all'interno di locali ed a mezzo di supporti forniti dalle questure.

È perciò contemplata la possibilità di una prossimità fisica tra il giudice di pace chiamato alla convalida e l'organo della questura che ha emanato l'atto da convalidare, nel senso che al primo possono essere forniti locali, diversi rispetto a quelli svolge, per la generalità degli altri procedimenti, la propria attività, deputati

⁸⁹ che di seguito si riporta: "5-ter. Al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida dei provvedimenti di cui ai commi 4 e 5, ed all'articolo 14, comma 1, le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo."

esclusivamente alla trattazione dei procedimenti di convalida di provvedimenti del questore profondamente incisivi sulla libertà personale del destinatario degli atti.

È inoltre stata attribuita all'ufficio del giudice di pace, a partire dal "pacchetto sicurezza" del 2009, un serie di competenze di carattere penale, poi ulteriormente incrementate dal d.l. n. 89 del 2011.

Sono per effetto di ciò, attualmente attribuite al giudice di pace:

1. la competenza in ordine al reato di cui all'art. 10 bis TU; competenza attribuitagli contestualmente alla previsione della norma incriminatrice, a seguito dell'emanazione del "pacchetto sicurezza" del 2009;
2. la competenza in ordine ai reati di cui agli artt. 14, co. 5 ter e quater TU imm.; competenza attribuitagli a seguito della emanazione del n. 89 del 2011;
3. la competenza in ordine ai reati consistenti nella trasgressione delle misure disposte dal questore ai sensi del co. 5.2 dell'art. 13 TU e del co. 1 bis dell'art. 14 TU; anche questa competenza attribuitagli a seguito della introduzione di tali misure, con il d.l. n. 89 del 2011.

Peraltro, tutti gli indicati procedimenti penali attribuiti alla cognizione del giudice di pace si svolgono con procedure, pure dettate dal d.l. sicurezza del 2009, quelle dettate dagli artt. 20 bis e ter e 32 bis del D.L.vo n. 274 del 2000, che accentuano fortemente il ruolo di iniziativa e introduttiva del giudizio degli organi di polizia giudiziaria.

La enorme varietà, complessità e la forte incidenza sulla libertà personale dell'individuo delle competenze attribuite al giudice di pace impone senz'altro una rigorosa rivisitazione della questione delle garanzie di indipendenza ed imparzialità dell'organo cui tali competenza sono state di recente affidate, questione che, del resto, si era posta già in occasione del trasferimento a tale organo della competenza in tema di ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione amministrativa di cittadini extracomunitari e di convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza di cittadini extracomunitari con il decreto legge 14 settembre 2004, n. 241, quando cioè le competenze affidategli erano di gran lunga minori, e di minore complessità e rilevanza, rispetto alle attuali.

A tale proposito, occorre ricordare che, nel parere su tale spostamento di competenza, approvato il 21 ottobre 2004, il Consiglio Superiore della Magistratura, aveva concluso in maniera netta ed esplicita nel senso che "la natura stessa dei diritti di libertà oggetto dei provvedimenti giudiziari richiede un intervento di garanzia adeguato sul piano ordinamentale, processuale e organizzativo, che assicuri loro una tutela insieme giusta ed efficace, risultato questo che può essere meglio soddisfatto mediante il ricorso alla magistratura professionale, opportunamente sostenuta nello sforzo attuativo richiestole". Ciò in quanto, "mentre le garanzie costituzionali di indipendenza e di autonomia trovano la loro più completa attuazione nello status ordinamentale del magistrato professionale, caratterizzato dalla non temporaneità e dalla esclusività dell'appartenenza all'Ordine giudiziario, per il giudice di pace, il carattere "onorario" ne caratterizza il profilo ordinamentale e, pur senza accreditarne la figura di "giudice minore", ne evidenzia tuttavia gli aspetti differenziali rispetto alla disciplina ordinamentale del giudice professionale, tanto più significativi ai fini delle valutazioni concernenti il decreto-legge in esame. In particolare, la

temporaneità e la non esclusività delle funzioni giudiziarie rivestite dal giudice di pace si riflettono profondamente sull'assetto ordinamentale di tale figura onoraria, delineando i diversi momenti della sua disciplina in termini sensibilmente differenti da quella del magistrato professionale”.

Preme, al riguardo, innanzitutto, sottolineare la problematicità della legittimità costituzionale del sistema anche con riguardo all'art. 110 della Costituzione, che attribuisce al solo Ministro della giustizia la responsabilità dei servizi attinenti all'Amministrazione della giustizia, con specifico riferimento alla sopra citata norma contenuta nell'art. 13, co. 5 ter, TU imm., che prevede la possibilità che i procedimenti di convalida del provvedimento del questore che dispone l'accompagnamento coattivo alla frontiera o il trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione si svolgano in locali e con strumenti forniti dalle questure.

La norma sopra citata chiarisce che la finalità della previsione è quella di “assicurare la tempestività del procedimento di convalida” di tali provvedimenti, ma pare naturale chiedersi quale utilità in termini di tempestività del provvedimento di convalida emesso dal giudice di pace possa avere la previsione che il giudizio si svolga in un locale mezzo a disposizione della stessa autorità che ha emesso l'atto da convalidare, e, comunque, se non siano di certo maggiori, e più pregnanti, i rischi che una prossimità fisica tra l'organo che ha emanato l'atto da convalidare e l'organo cui è affidata la competenza in ordine alla convalida possa tradursi e risolversi nella possibilità che l'indipendenza del giudice venga in qualche modo ad essere compromessa o condizionata o che tale vicinanza possa servire a definire prassi comuni e in qualche modo condivise che rompano la naturale e doverosa dialettica tra gli organi fondata sulla distinzione dei rispettivi ruoli.

La questione dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice di pace chiamato alla convalida dei provvedimenti del questore in locali messi a disposizione dal ministero dell'interno è tutt'altro che peregrina ed è anzi molto rilevante e, con ogni verosimiglianza, avvertita come tale anche dagli stessi giudici di pace, come dimostra la recente proposizione, da parte del giudice di pace di Roma, della questione di costituzionalità della norma sopra richiamata.

In sede di proposizione della questione di costituzionalità della norma, il giudice remittente rilevava che “le situazioni concrete relative alle convalide dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale emanati dal Questore”, potendo essere effettuate negli stessi locali dei centri di identificazione ed espulsione, “dove il giudice di pace deve recarsi ed essere assistito da appartenenti alla Polizia di Stato, con vigilanza esterna ed interna anche dell'esercito italiano, destano serie perplessità [...], in quanto va preservata l'indipendenza del giudice, evitando anche il solo pericolo di possibili condizionamenti psicologici di tipo ambientale”; e inoltre faceva richiamo a passati “episodi di disappunti orali espressi da rappresentanti della questura nei confronti dei giudici di pace, che non hanno convalidato i trattenimenti degli stranieri presso i centri di identificazione ed espulsione.”

La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 109 del 2010 (G.U. 012 del 24/03/2010) ha, peraltro, dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di illegittimità costituzionale della norma sulla base dei seguenti argomenti:

“la questione risulta proposta in maniera del tutto ipotetica e astratta, essendosi il rimettente limitato a dedurre una serie di generiche perplessità prive di alcun riferimento concreto ad effettivi condizionamenti esterni, idonei ad inficiare la propria

imparzialità ed indipendenza nell'adozione del provvedimento giurisdizionale oggetto del giudizio principale;
che, inoltre, le motivazioni addotte a sostegno delle asserite lesioni ai parametri costituzionali invocati risultano fondate esclusivamente su meri inconvenienti di fatto, scaturenti dall'applicazione della norma censurata, estranei in quanto tali al controllo di costituzionalità (ex plurimis sentenza n. 329 del 2009); che, pertanto, ciò determina la manifesta inammissibilità della questione sollevata.”

In secondo luogo, un dubbio di imparzialità riguarda la possibilità che la funzione di giudice di pace sia svolta da avvocati⁹⁰. Normalmente accade che il giudice di pace sia chiamato, nelle numerose competenze che la legge gli affida, a sindacare in ordine alla legittimità del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto ai sensi dell'art. 13 TU imm., che costituisce il presupposto dell'uno o dell'altro provvedimento del questore. Orbene, nel caso in cui il procedimento di espulsione, che costituisce il presupposto dei successivi atti emessi dal questore sui quali il giudice di pace è chiamato a sindacare, sia stato emesso dal prefetto del luogo in cui l'avvocato che svolge le funzioni di giudice di pace esercita la professione forense, non potrebbe, ad avviso di chi scrive, che ritenersi fortemente minata la garanzia di indipendenza ed imparzialità del giudice.⁹¹

La varietà e rilevanza delle competenze attribuite al giudice di pace impone anche una rigorosa analisi e valutazione delle procedure dettate dalle norme di legge, che il giudice di pace è chiamato a seguire nell'espletamento delle diverse attribuzioni affidategli.

A tal proposito, appare utile subito premettere che l'anomalia di fondo del sistema costruito dal legislatore è che dinanzi al giudice di pace si svolgono, parallelamente, sia i procedimenti penali per l'accertamento dell'uno o dell'altro dei reati attribuiti alla sua cognizione, sia i procedimenti per la verifica di legittimità degli atti della procedura amministrativa di rimpatrio, atti che sono, a loro volta, il presupposto per la sussistenza dei reati.

L'organo a cui è attribuito il controllo di legittimità degli atti della procedura amministrativa è dunque lo stesso che deve decidere in ordine alla sussistenza di questi reati che, in tanto potranno configurarsi, in quanto siano stati valutati legittimi gli atti della procedura amministrativa.

Deve perciò ritenersi molto raro e difficile a verificarsi che il giudice di pace chiamato, ad esempio, a decidere in ordine alla sussistenza del reato di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU imm., reato che presuppone la legittimità dell'ordine di espulsione e del provvedimento di allontanamento coattivo dello straniero, possa disapplicare l'uno o l'altro di tali atti quanto essi abbiano superato il vaglio di legittimità dinanzi al giudice, che abbia, in ipotesi, rigettato il ricorso presentato avverso il primo, o convalidato il secondo.

90 Occorre ricordare, al riguardo, che gli avvocati, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 468 del 1999, non possono esercitare le funzioni di giudice di pace nel circondario del tribunale nel quale esercitano la professione forense; parimenti, gli avvocati che svolgono le funzioni di giudice di pace non possono esercitare la professione forense dinanzi all'ufficio del giudice di pace al quale appartengono e non possono rappresentare, assistere o difendere le parti di procedimenti svolti dinanzi al medesimo ufficio, nei successivi gradi di giudizio.

91 V., al riguardo, P. Bonetti, *La proroga del trattenimento*, cit., secondo il quale, a pag. 95: “In ogni caso, anche la mera possibilità legale che ciò accada inficia alla radice l'indipendenza del giudice e l'effettività della tutela giurisdizionale”.

Ciò significa, in sostanza, che la legittimità degli atti della procedura amministrativa di rimpatrio, viene a essere valutata, in modo pressoché definitivo, in sede di controllo di legittimità, per così dire, in prima istanza, del giudice di pace, mentre è pressoché scongiurato il “rischio” di una disapplicazione degli atti amministrativi della procedura di rimpatrio, ipotesi che era invece piuttosto frequente nella pratica giudiziaria, fintantoché la cognizione dei reati di cui all’art. 14 TU imm. era attribuita alla cognizione del giudice ordinario.

La seconda, e ben più rilevante, “anomalia”, è che, mentre nei procedimenti dinanzi al giudice di pace per l’accertamento dell’uno o dell’altro dei reati che la legge attribuisce alla sua cognizione questi è nella sostanza privo di reali poteri di incidere sulla libertà personale dell’imputato, dal momento che, dati i limiti edittali delle fattispecie, non potrebbe, in nessun caso, applicare misure cautelari personali, e anche la pena finale, come si è detto nei paragrafi che precedono, non ha alcun effetto pratico, risolvendosi, nella migliore delle ipotesi, sempre che il giudizio si concluda con un giudizio di merito, nell’irrogazione di una sanzione pecuniaria, che molto difficilmente potrà essere utilmente pretesa, o nella sanzione sostitutiva dell’espulsione, assolutamente ripetitiva di quella già disposta in sede amministrativa e perciò inutile; all’opposto, nella veste di giudice sulla legittimità della procedura amministrativa di rimpatrio, il giudice di pace è chiamato a prendere decisioni ben più incisive sulla libertà personale e sui diritti fondamentali dei migranti, come ad esempio nel caso in cui sia chiamato a convalidare il provvedimento del questore di applicazione dell’una o dell’altra delle misure emesse ai sensi del co. 5.2 dell’art. 13 TU e del co. 1 bis dell’art. 14 TU o del provvedimento del questore che dispone l’accompagnamento il trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione o della proroga del periodo di trattenimento, fino a diciotto mesi.

Ciò che in sintesi si vuole affermare è che la “partita” che riguarda la libertà e i diritti fondamentali del migrante straniero si “gioca” oramai, in modo molto più accentuato a seguito delle più recenti modifiche legislative, non nel campo del processo penale, ma sul terreno della procedura amministrativa e del controllo di legalità sugli atti che la compongono che il giudice di pace è chiamato a esercitare.

Ciò, per un verso, si è, di recente, maggiormente accentuato, per effetto della scelta del legislatore di trasferire le competenze penali, prima attribuite al giudice ordinario, al giudice di pace, per altro, rende ancora più critica e significativa la norma dettata dal legislatore, sopra analizzata, che contempla la possibilità di una prossimità fisica tra ufficio della questura e del giudice di pace, per i procedimenti di convalida da parte del giudice di pace degli atti del questore, potendo da ciò derivare un meccanismo di condizionamento “in radice” di ogni controllo di legalità dell’operato della pubblica amministrazione.

Fatte queste premesse, occorre ora passare all’analisi delle procedure che regolano il controllo di legalità effettuato dal giudice di pace con riguardo agli atti del procedimento di rimpatrio.

La procedura che regola il ricorso avverso il provvedimento di espulsione emesso dal prefetto è dettata dal co. 8 dell’art. 13 TU imm.⁹², che in sintesi prevede:

92 che di seguito si riporta: “8. Avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente il ricorso al giudice di pace del luogo in cui ha sede l’autorità che ha disposto l’espulsione. Il termine è di sessanta giorni dalla data del provvedimento di espulsione. Il giudice di pace accoglie o rigetta il ricorso, decidendo con unico provvedimento adottato, in ogni caso, entro venti giorni dalla data di

1. la competenza del giudice di pace del luogo ove ha sede il prefetto che ha emanato il provvedimento di espulsione, competenza attribuitagli dalla cd. legge Bossi - Fini, mentre la precedente normativa contemplava la competenza del tribunale in composizione monocratica;
2. i termini, rispettivamente, di sessanta e venti giorni, per la proposizione e la decisione del ricorso;
3. la possibilità che il ricorso sia proposto personalmente dall'interessato anche per il tramite della rappresentanza diplomatica o consolare del Paese di destinazione;
4. l'ammissibilità dello straniero all'assistenza di un legale di fiducia nominato con procura speciale rilasciata dinanzi all'autorità consolare;
5. l'ammissibilità dello straniero al patrocinio a spese dello Stato.

La procedura che regola la convalida del provvedimento del questore di accompagnamento coattivo alla frontiera è dettata dal co. 5 bis dell'art. 13 TU imm.⁹³, che in sintesi prevede:

1. il provvedimento del questore è comunicato al giudice di pace competente immediatamente, e, comunque, entro 48 ore dalla sua adozione;
2. l'esecuzione del provvedimento è sospeso nelle more della convalida;
3. lo straniero espulso, può, nelle more, essere trattenuto in un CIE;

deposito del ricorso. Il ricorso di cui al presente comma può essere sottoscritto anche personalmente, ed è presentato anche per il tramite della rappresentanza diplomatica o consolare italiana nel Paese di destinazione. La sottoscrizione del ricorso, da parte della persona interessata, è autenticata dai funzionari delle rappresentanze diplomatiche o consolari che provvedono a certificarne l'autenticità e ne curano l'inoltro all'autorità giudiziaria. Lo straniero è ammesso all'assistenza legale da parte di un patrocinatore legale di fiducia munito di procura speciale rilasciata avanti all'autorità consolare. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete.”

93 che di seguito si riporta: “5-bis. Nei casi previsti al comma 4 il questore comunica immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. L'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida. L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. L'interessato è anch'esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. Si applicano le disposizioni di cui al sesto e al settimo periodo del comma 8, in quanto compatibili. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dal presente articolo e sentito l'interessato, se comparso. In attesa della definizione del procedimento di convalida, lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di permanenza temporanea ed assistenza, di cui all'articolo 14, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili. Quando la convalida è concessa, il provvedimento di accompagnamento alla frontiera diventa esecutivo. Se la convalida non è concessa ovvero non è osservato il termine per la decisione, il provvedimento del questore perde ogni effetto. Avverso il decreto di convalida è proponibile ricorso per cassazione. Il relativo ricorso non sospende l'esecuzione dell'allontanamento dal territorio nazionale. Il termine di quarantotto ore entro il quale il giudice di pace deve provvedere alla convalida decorre dal momento della comunicazione del provvedimento alla cancelleria.”

4. la partecipazione personale al giudizio da parte del destinatario dell'atto, che è "tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza" e personalmente sentito, se comparso;
5. lo svolgimento del procedimento in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria di un difensore;
6. l'ammissibilità dello straniero all'assistenza di un legale di fiducia nominato con procura speciale rilasciata dinanzi all'autorità consolare;
7. l'ammissibilità dello straniero al patrocinio a spese dello Stato.
8. la previsione che il giudice provveda alla convalida, dopo avere verificato il rispetto dei termini e dei requisiti contemplati dall'art. 13 TU imm.;
9. l'esecutività del provvedimento di accompagnamento, in caso di convalida e, in caso contrario, la perdita di efficacia del provvedimento;
10. la ricorribilità in cassazione avverso il provvedimento di convalida, che non sospende l'esecuzione dell'allontanamento.

La procedura che regola la convalida del provvedimento del questore di trattenimento nei CIE è dettata dai commi 3 e 4 dell'art. 14 TU imm.⁹⁴, che in sintesi prevedono:

1. il provvedimento del questore è comunicato immediatamente, e, comunque, entro 48 ore dalla sua adozione, al giudice di pace competente, il quale provvede alla convalida nelle successive 48 ore;
2. il provvedimento del questore è immediatamente efficace;
3. la partecipazione personale al giudizio da parte del destinatario dell'atto, che è "tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza" e personalmente sentito, se comparso;
4. lo svolgimento del procedimento in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria di un difensore;
5. l'ammissibilità dello straniero all'assistenza di un legale di fiducia nominato con procura speciale rilasciata dinanzi all'autorità consolare;
6. l'ammissibilità dello straniero al patrocinio a spese dello Stato.
7. la previsione che il giudice provveda alla convalida, dopo avere verificato il rispetto dei termini e dei requisiti contemplati dagli artt. 13 e 14 TU imm.;
8. la previsione che la convalida del provvedimento del questore di trattenimento dello straniero in un CIE avvenga in sede di decisione del ricorso avverso il provvedimento di espulsione del prefetto o in sede di convalida del provvedimento del questore che dispone l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

94 che di seguito si riportano: "3. Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. 4. L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. L'interessato è anch'esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui al sesto e al settimo periodo del comma 8 dell'articolo 13. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 13 e dal presente articolo, escluso il requisito della vicinanza del centro permanenza temporanea ed assistenza di cui al comma 1, e sentito l'interessato, se comparso. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia osservato il termine per la decisione. La convalida può essere disposta anche in occasione della convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, nonché in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione."

Sia la procedura che regola l'accompagnamento coattivo dello straniero che quella che regola il trattenimento nei CIE prevedono, dunque, che i relativi provvedimenti siano adottati dal questore, salva la successiva convalida del giudice di pace.

Secondo una parte autorevole della dottrina, peraltro, tale procedura sarebbe, già in sé, in contrasto con la riserva di giurisdizione fissata all'art. 13 della Costituzione.⁹⁵

La procedura che regola la convalida dei provvedimenti con i quali applica l'una o l'altra delle misure contemplate dal co. 5.2. dell'art 13 TU imm. e dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm. è regolata, in modo identico, e scarno, dalla parte centrale dei commi appena citati, che stabiliscono che le misure

“sono adottate con provvedimento motivato che ha effetto dalla notifica all'interessato, disposta ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore. Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace.”

La procedura dettata dal d.l. n. 89 del 2011, pertanto, prevede:

1. le misure sono adottate con decreto motivato immediatamente efficace;
2. il provvedimento deve contenere l'avviso che il destinatario ha facoltà di presentare personalmente, o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice della convalida;
3. il provvedimento deve essere comunicato entro 48 ore al giudice di pace e convalidato nelle successive 48 ore.

Forti dubbi di legittimità costituzionale della norma emergono, innanzitutto, con riferimento alla possibilità stessa della previsione di tali misure all'interno di un procedimento amministrativo, seppure con la previsione della convalida da parte del giudice di pace.

A tal proposito, occorre sottolineare che anche le misure appena indicate costituiscono senza alcun dubbio misure che limitano la libertà personale del destinatario dell'atto, rientrando pienamente nella categoria di quelli che l'art. 13 della Costituzione definisce atti di “restrizione della libertà personale”.

95 V., in proposito, P. Bonetti, *La proroga del trattenimento*, cit., in cui si legge, a pag. 96: “l'art.13 Cost. riserva, infatti, in generale alla sola autorità giudiziaria il potere di incidere sulla libertà personale di qualsiasi persona, compresi gli stranieri, e consente solo in circostanze eccezionali di necessità ed urgenza, tassativamente indicate dalla legge, di conferire tale potere all'autorità di pubblica sicurezza con provvedimenti provvisori da convalidarsi da parte del giudice entro le successive 48 ore. È evidente che il vigente TU attribuisce, invece, in via ordinaria, all'autorità di pubblica sicurezza anziché al giudice i più importanti provvedimenti restrittivi della libertà personale: il respingimento disposto dal questore (art. 10, co. 2, TU per il quale non si prevede neppure alcuna convalida giurisdizionale) e il provvedimento amministrativo di espulsione disposti dal Ministro dell'interno o dal prefetto (art. 13 TU), entrambi eseguiti, con un effetto automatico e non derogabile con accompagnamento alla frontiera. Si tratta dunque di ipotesi ordinarie e generalizzate e non già di ipotesi eccezionali, mentre soltanto in presenza di queste ultime l'art. 13, co. 3, Cost. consente alla legge di prevedere deroghe al principio generale della riserva di giurisdizione in materia di provvedimenti restrittivi della libertà personale previsto all'art. 13, co 2 Cost. in favore di provvedimenti provvisori dell'autorità di pubblica sicurezza, da comunicarsi all'autorità giudiziaria entro le successive 48 ore e da convalidarsi entro le successive 48 ore”.

Come tali, secondo il precetto contenuto nell'art. 13 della Costituzione, possono essere adottate dall'autorità di pubblica sicurezza solo in casi di "necessità ed urgenza, indicati espressamente dal legislatore" e hanno il carattere della provvisorietà, dovendo essere comunicate all'autorità giudiziaria nel termine di 48 ore dalla loro adozione e convalidati nelle successive 48 ore.

Allo schema tracciato dall'art. 13 della Costituzione sembra essersi ispirato il legislatore, dal momento che, come si è visto, il provvedimento con il quale il questore applica l'una o l'altra delle misure contemplate dal co. 5.2. dell'art. 13 TU imm. e dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm. deve essere comunicato entro 48 ore al giudice di pace e da questi convalidato nelle successive 48 ore.

Resta, comunque, forti perplessità di conformità alla norma dell'art. 13 della Costituzione una previsione che non si limita a prevedere che l'autorità di pubblica sicurezza possa applicare una misura restrittiva della libertà personale solo in specifici e determinati casi di necessità ed urgenza indicati dal legislatore, ma invece, pure prevedendo la successiva convalida del giudice onorario, attribuisce al questore una competenza generale ed esclusiva con riguardo alla adottabilità delle misure, a prescindere da ogni valutazione dell'urgenza e della necessità dell'intervento dell'organo di pubblica sicurezza.

In secondo luogo, forti dubbi di costituzionalità, con riferimento al parametro della ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 della Costituzione, derivano dalle seguenti considerazioni.

Come si è visto nel cap. 2, par. 2, le misure in oggetto hanno, in sostanza, una funzione cautelare, del tutto assimilabile a quelle adottate per l'esigenza cautelare del pericolo di fuga, contemplata dall'art. 274, lett. b), del codice di procedura penale.

Si tratta, anzi, di misure del tutto analoghe e assimilabili alle misure cautelari.

Le misure cautelari personali hanno infatti, come condizione generale di applicabilità, ai sensi dell'art. 273, co. 1, del codice di procedura penale, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e possono essere disposte, ai sensi del successivo art. 274, oltre che per il pericolo di inquinamento probatorio (previsto dalla lettera a) dell'art. 274) e per il pericolo di reiterazione del reato (previsto dalla lettera c) dello stesso articolo), anche, ai sensi della lett. b) dell'art. 274, "quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione".

Orbene, a ben vedere, le misure contemplate dal co. 5.2. dell'art. 13 TU imm. e dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm. si fondano su presupposti e condizioni assolutamente analoghe, in quanto, prima il questore, in sede di emanazione del provvedimento applicativo, e poi il giudice di pace, in sede di convalida, dovranno valutare, in sintesi, la condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno dello straniero all'interno del territorio nazionale, che ai sensi dell'art. 10 bis TU, costituisce, in sé, reato, e, come si è più ampiamente illustrato nella relativa parte del cap. 2, par. 2, il pericolo di fuga dello straniero, nella fase in cui gli sia stato, in ipotesi, concesso, dal prefetto, il termine per la partenza volontaria (con riferimento alle misure contemplate dal co. 5.2 dell'art. 13 TU imm.), ovvero nella (successiva) fase in cui debba, ma non possa, essere eseguito l'accompagnamento coattivo alla frontiera e la misura debba essere disposta in luogo del trattenimento presso un CIE (con riferimento alle misure contemplate dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm.).

Anche la tipologia delle misure contemplate dal co. 5.2 dell'art 13 TU imm. e dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm. sono del tutto analoghe alle misure cautelari personali previste dagli artt. 272 ss. del codice di procedura penale.

Basta, tal proposito, raffrontare la misura dell'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, previsto dalla lettera b) delle disposizioni del TU imm. appena citate, e l'obbligo di dimora previsto dal co. 2 dell'art. 283 del codice di procedura penale, oppure l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, previsto dalla lettera c) delle stesse disposizioni del TU imm. e l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, previsto dall'art. 282 del codice di procedura penale.

L'unica differenza tra le misure contemplate dal co. 5.2 dell'art 13 TU imm. e dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm., e le misure cautelari previste dal codice di procedura penale deriva dal procedimento previsto dalla legge per la loro applicazione.

Mentre le misure cautelari previste dal codice di procedura penale vengono applicate nell'ambito di un procedimento penale per l'accertamento di un reato, con tutte le garanzie che spettano all'indagato o all'imputato, le prime vengono, paradossalmente, applicate, non all'interno del procedimento per l'accertamento del reato (sia il reato di cui all'art. 10 bis TU, o i reati previsti dall'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm.), che pure si apre e si svolge parallelamente, ma al di fuori di questo e senza le garanzie che spettano all'indagato o all'imputato, nell'ambito di un procedimento di convalida che nasce e si sviluppa come fase o parentesi (chiamato anche da alcuni studiosi "incidente di esecuzione") del procedimento amministrativo di allontanamento dello straniero irregolare.

E anzi, all'interno del procedimento penale per l'accertamento dell'uno o dell'altro dei reati appena indicati, nessuna misura cautelare personale potrebbe essere applicata, per un verso in ragione della pena prevista da tutte tali fattispecie incriminatrici, che, come si è visto, è, in tutti i casi, una pena pecuniaria, come tale non compresa tra quelle per le quali il codice di rito prevede la possibilità di applicazione di una misura cautelare personale, e, poi, in ragione delle disposizioni della legge istitutiva delle competenze penali del giudice di pace (il D.lvo n. 274 del 2000), che esclude che il giudice di pace possa convalidare misure precautelari o applicare misure cautelari personali.

Deve, a tal riguardo, considerarsi, che, ai sensi dell'art. 2 D.lvo 274 del 2000, sono escluse dalla competenza del giudice onorario le attribuzioni in ordine alla convalida dell'arresto in flagranza e al fermo di indiziato del delitto e alle misure cautelari personali.⁹⁶

96 Si riporta, di seguito, il comma 1 dell'art. 2 del D.lvo n. 274 del 2000, in cui è escluso che al procedimento dinanzi al giudice di pace si applichino le norme del codice di rito sulla misure precautelari e cautelari personali:

“1. Nel procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è previsto dal presente decreto, si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale e nei titoli I e II del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, ad eccezione delle disposizioni relative:

- a) all'incidente probatorio;
- b) all'arresto in flagranza e al fermo di indiziato di delitto;
- c) alle misure cautelari personali;
- d) alla proroga del termine per le indagini;
- e) all'udienza preliminare;
- f) al giudizio abbreviato;
- g) all'applicazione della pena su richiesta;
- h) al giudizio direttissimo;

Appare, in base alle considerazioni svolte, del tutto irragionevole, e come tale assolutamente in contrasto con il canone di equità e razionalità ricavabile dall'art. 3 della Costituzione, che ciò che al giudice di pace è precluso nell'ambito del procedimento penale per l'accertamento del reato, (l'applicazione di una misura cautelare personale finalizzata a prevenire il pericolo di fuga dello straniero irregolarmente soggiornante), con tutte le garanzie che la legge riconosce all'indagato e all'imputato nei confronti del quale venga applicata una misura cautelare personale, gli possa essere consentito, nell'ambito di una fase incidentale (il procedimento di convalida del provvedimento del questore) del procedimento amministrativo di allontanamento dello straniero, senza alcuna delle garanzie che spetterebbero allo straniero irregolarmente soggiornante nell'ambito del procedimento penale.

È come se il legislatore, ragionevolmente riconosciuti i limiti della competenza penale del giudice di pace, che del resto è stato concepito come un organo che esercita la cognizione penale per reati minori, e perciò con minori formalità e con poteri e doveri anche di composizione tra le parti, avesse implicitamente ritenuto di potergli trasferire tali poteri in un'altra sede (la sede incidentale del procedimento di convalida degli atti emessi dal questore), nella quale sono però previste minori garanzie per il destinatario dell'atto.

Il conferimento di tali poteri al giudice di pace non solo espone, per quanto si è detto più sopra, a rischi di condizionamento del giudice, non solo tradisce la funzione naturale e originaria del giudice di pace, di giudice onorario in procedimenti di minore rilevanza e con una funzione innanzitutto conciliativa, e non certo di giudice con poteri sulla libertà personale, ma è del tutto irragionevole, e come tale in contrasto con il canone costituzionale fissato dall'art. 3 della Cost., nella parte in cui prevede che l'attribuzione di tali poteri possa avvenire in un contesto nel quale valgono minori garanzie.

L'effetto paradossale derivante dallo sdoppiamento dei procedimenti a cui è sottoposto lo straniero irregolarmente soggiornante, in ragione solo della irregolarità delle condizioni di ingresso o soggiorno nel territorio nazionale (il procedimento penale per l'accertamento del reato dinanzi al giudice di pace e il procedimento amministrativo finalizzato al rimpatrio, nel quale sono contemplate fasi endoprocedimentali che si aprono per effetto dell'emissione da parte del questore di provvedimenti limitativi della libertà personale dello straniero, che il giudice di pace è chiamato a convalidare), è che il processo penale per l'accertamento del reato dinanzi al giudice di pace si svolge nei confronti di un imputato formalmente "libero", nel senso che, tecnicamente, non è sottoposto a nessun provvedimento restrittivo della libertà personale emesso, in sede cautelare, da un giudice, almeno con riguardo ai reati sottoposti alla cognizione del giudice di pace, e, tuttavia, alcune norme, dettate dal legislatore nel 2009, sembrano alludere a poteri nei confronti dell'imputato in tale processo, "come se" ad alcuna di tali misure fosse invece sottoposto.

Si fa riferimento, in particolare, agli artt. 20 bis e 20 ter del D.lvo n. 274 del 2000, introdotti dalla legge n. 94 del 2009, vale a dire in occasione della formulazione della nuova fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 10 bis TU imm., e ora estesi, dopo l'entrata in vigore del D.lvo n. 89 del 2011, anche alle ulteriori fattispecie

i) al giudizio immediato;

l) al decreto penale di condanna."

incriminatrici attribuite alla competenza del giudice di pace, quelle di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm.

L'art. 20 bis del D.lvo n. 274 del 2000 prevede che, quando la prova è evidente, caso che naturalmente si verifica in tutte le fattispecie di violazione del TU imm. sottoposte alla cognizione del giudice di pace, per le quali si tratta di verificare solo l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, l'imputato, normalmente, per l'appunto, lo straniero irregolarmente soggiornante, viene "presentato" immediatamente dalla polizia giudiziaria dinanzi al giudice di pace, termine che allude chiaramente ad un potere fisico sull'imputato e che del resto è mutuato dal rito direttissimo previsto dal codice di procedura penale, che, per l'appunto si svolge, nei confronti di un imputato tratto in arresto dalla polizia giudiziaria.

Ancora, l'art. 20 ter del D.lvo n. 274 del 2000 prevede il procedimento per citazione contestuale dell'imputato in udienza in casi particolari, quando "l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale", altra previsione che allude esplicitamente a situazioni in cui l'imputato sia sottoposto a provvedimenti incidenti sulla sua libertà personale, "a qualsiasi titolo", con una formula ampia che comprende perciò anche, e soprattutto, il caso in cui l'imputato non è sottoposto, tecnicamente, a misura cautelare, ma all'una o all'altra delle misure restrittive emesse nell'ambito del procedimento amministrativo di allontanamento e che il giudice di pace è chiamato, in altra sede, a convalidare. Con la conseguenza, per l'appunto paradossale, che il processo nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante dinanzi al giudice di pace, può svolgersi, e anzi normalmente si svolge, nei confronti di un imputato tecnicamente "libero", e tuttavia sottoposto, "per altra causa", vale a dire per effetto dell'applicazione nei suoi confronti di un provvedimento emesso nell'ambito del procedimento amministrativo di rimpatrio, a misura limitativa della sua libertà personale, con l'effetto ulteriore che tale misura, non essendo emessa nell'ambito del procedimento penale, non potrebbe, in quest'ultima sede, neanche essere revocata.

Forti dubbi di legittimità costituzionale delle norme in commento emergono, inoltre, con specifico riferimento alla mancata previsione, con riguardo al procedimento applicativo delle misure contemplate dal co. 5.2. dell'art. 13 TU imm. e dal co. 1 bis dell'art. 14 TU imm., della partecipazione dell'interessato al giudizio, della necessità della difesa tecnica, trattandosi di norme incidenti sulla libertà personale del destinatario dell'atto.

È infatti netto il contrasto con le norme costituzionali dettate dagli artt. 111 e 24, in quanto la giurisdizione che si attua con la convalida del provvedimento del questore contrasta con il principio del contraddittorio nel processo e con quello dell'inviolabilità del diritto alla difesa. Né è sufficiente a fare ritenere rispettati tali principi la previsione, contenuta in entrambe le norme oggetto di analisi, che il provvedimento applicativo della misura debba contenere l'avviso della "facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida", trattandosi di una previsione che contempla solo una eventualità di contraddittorio, peraltro solo cartolare, senza al contempo prevedere la facoltà, in capo al destinatario dell'atto, di essere sentito, la necessità della difesa tecnica, e senza assicurare la possibilità dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, come è invece previsto in sede di convalida delle altre misure restrittive della libertà personale contemplate dal TU imm., vale a dire del provvedimento del questore di

accompagnamento coattivo alla frontiera e di trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione.⁹⁷

Anche la logica avrebbe peraltro voluto che, almeno per le misure adottate dal questore ai sensi dell'art. 14, co. 1 bis, TU imm., che sono esplicitamente adottate "in luogo del trattenimento", fossero previsti lo stesso procedimento e le stesse garanzie fissate nell'ambito del procedimento applicativo della misura del trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione.

Il contrasto delle norme in commento con le garanzie difensive contemplate dalla Costituzione emerge poi in modo netto nel nostro ordinamento, nel quale non è contemplata la convalida del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto, che costituisce il presupposto procedimentale per l'applicazione di tutte le misure in commento.

Infine, forti dubbi di legittimità costituzionale sussistono anche con riguardo al procedimento con il quale il giudice di pace dispone la proroga del periodo di trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione.

A tal riguardo, occorre innanzitutto premettere che il TU imm. non detta al proposito alcuna norma procedimentale, limitandosi, al co. 5 dell'art 14, a stabilire che la proroga è disposta con provvedimento del giudice di pace, su richiesta del questore, e a stabilire le condizioni o presupposti fattuali del provvedimento.

Nulla è perciò detto, con riguardo alla procedura che disciplina la proroga del periodo di trattenimento in un CIE, dovendosi perciò supporre che il legislatore abbia ritenuto che il procedimento per la proroga del trattenimento, che come si è visto sopra, può attualmente durare per diciotto mesi, debba svolgersi attraverso un "dialogo silenzioso" tra organi della questura e giudice di pace, senza che l'interessato abbia alcuna sede per interloquire, né possa in alcun modo essere assistito.

Anche qui, occorre sottolineare che appare del tutto difforme alle garanzie costituzionali del diritto di difesa un sistema, come quello escogitato dal legislatore italiano, che prevede la possibilità della partecipazione dell'interessato e della difesa tecnica solo nella fase genetica del trattenimento e non anche nelle successive fasi della proroga, specie se si consideri che, come si è più ampiamente illustrato nel cap. 2, par. 2, l'interpretazione comunitariamente orientata della normativa porta ad escludere che le proroghe del trattenimento possano essere concesse per ragioni non riconducibili alla sfera di volontà e controllo dello straniero trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione e che, pertanto, la previsione della partecipazione diretta o a mezzo del difensore dello straniero trattenuto nei CIE appare adeguata, e anzi assolutamente necessaria, a consentire, attraverso il contraddittorio, la

97 Con riguardo alla necessità della previsione del contraddittorio e della difesa tecnica in tema di provvedimenti restrittivi delle libertà personale, basta ricordare la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 222/2004, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), introdotto dall'art. 2 del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51 (Disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera), convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 2002, n. 106, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa.

possibilità di una seria ed effettiva verifica della sussistenza delle ragioni che legittimano il prolungamento del periodo di trattenimento.⁹⁸

Si tratta, a parere di chi scrive, di un *vulnus*, senza pari e precedenti nel sistema ordinamentale, delle garanzie che la Costituzione attribuisce al singolo nei confronti dei provvedimenti dell'autorità limitativi della libertà personale.

Occorre peraltro rilevare che un così evidente e grave *vulnus* delle garanzie e dei diritti individuali è stato rilevato solo recentemente dalla Corte di Cassazione, che, con la sent. 24 febbraio 2010, n. 4544, ha ritenuto che al procedimento giurisdizionale di decisione sulla richiesta di proroga del trattenimento presso un CPT dello straniero, debbano essere applicate le stesse garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, che sono previste esplicitamente, ai sensi dell'art. 14, co. 4, TU imm., nel procedimento di convalida dell'originario provvedimento di trattenimento, essendo tale applicazione estensiva imposta da un'interpretazione costituzionalmente orientata del successivo comma quinto, relativo all'istituto della proroga, tenuto conto che un'opposta lettura delle norme sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost..

La Corte di Cassazione ha poi confermato la necessità dell'audizione dell'interessato e della partecipazione necessaria del difensore nella, di poco successiva, sent., 8 giugno 2010, n. 13767, in cui ha anche chiarito che la richiesta di proroga del trattenimento e gli atti che la corredano devono pervenire all'ufficio del giudice di pace in tempo utile perché, previa convocazione dell'interessato e del difensore, possa tenersi l'udienza camerale ed essere assunto il decreto motivato, entro quarantotto ore dalla ricezione della richiesta, ai sensi del quarto comma dell'art. 14, TU imm., ma prima della scadenza del termine assegnato a suo tempo con la convalida.

98 In senso analogo argomenta P. Bonetti, *La proroga del trattenimento*, sopra cit., in cui si legge, a pag. 97: “[...] in sé considerata la disciplina della proroga del trattenimento (e soltanto la disciplina della proroga) appare conforme al modello costituzionale della riserva di giurisdizione, poiché si prevede che ogni proroga sia disposta (e non solo convalidata) da un'autorità giudiziaria. Tuttavia, se da un lato è vero che la riserva di giurisdizione mira all'adozione di un determinato provvedimento restrittivo da parte di un'autorità giudiziaria indipendente da ogni altra autorità ed è perciò distinto dal diritto alla difesa, occorre dall'altro lato rilevare l'evidente contraddizione - di dubbia costituzionalità sotto il profilo dell'irragionevolezza della distinzione - secondo la quale la proroga del trattenimento non è disposta nel contraddittorio con lo straniero e col suo difensore bensì soltanto con l'autorità di pubblica sicurezza che ha richiesto la proroga, il che concorre a vanificare l'effettivo controllo sulla sussistenza dei presupposti della proroga, cioè a vanificare l'essenza stessa della riserva di giurisdizione”.

Capitolo III

Conclusioni: lo statuto giuridico dell'immigrato irregolare

Dopo un primo capitolo in cui si sono illustrate le linee essenziali di evoluzione del sistema di regolazione dei flussi della presenza degli stranieri in Italia e in particolare del sistema delle espulsioni e di evoluzione del discorso giuridico sulle più rilevanti questioni riguardanti lo straniero irregolare, e un secondo capitolo, in cui si sono trattati i più importanti e significativi punti critici di legittimità costituzionale della disciplina attualmente vigente, l'intento del terzo capitolo è quello di tracciare, partendo dagli elementi già offerti nelle prime due parti del lavoro, delle linee di sintesi del discorso che portino ad una valutazione più generale e complessiva delle politiche legislative in tema di immigrazione e del sistema in atto.

Per fare ciò, pare utile confrontarsi con una categoria che, per quanto criticata e anche osteggiata dalla maggioranza degli autori, rappresenta tuttavia un punto di riferimento quasi obbligato del panorama dottrinale della scienza penalistica: la categoria del diritto penale del nemico.⁹⁹

Essa nasce, in dottrina, a partire dalla relazione tenuta dal suo creatore, Günther Jakobs, al convegno di Berlino della scienza penalistica tedesca del 1999.

Da allora in poi, il dibattito sulla legittimità e validità della categoria del "diritto penale del nemico" è stato nutritissimo di interventi soprattutto nell'area tedesca, spagnola e latino americana, ma anche in quella italiana.

In estrema sintesi, il diritto penale del nemico è "una categoria dottrinale che attiene a vari fenomeni legislativi e di politica criminale, anche di matrice giudiziaria, dove la neutralizzazione, l'annientamento, la guerra contro fenomeni e cose pericolose attraverso il "diritto" penale e processuale penale (e non semplicemente mediante la politica, l'azione amministrativa e di governo etc.), attraggono in modo pressoché esclusivo la risposta punitiva dello Stato, vanificando il diritto della colpevolezza, della proporzione retributiva, della rieducazione, del reinserimento sociale etc."¹⁰⁰

Il tratto essenziale del "diritto penale del nemico", almeno nel suo modello astratto, è quello di avere come propria esclusiva finalità la "neutralizzazione" dell'altro, in ragione del pericolo che rappresenta.

99 Per un riferimento essenziale ai contributi con riguardo alla categoria del "diritto penale del nemico", v. M. Donini e M. Papa, a cura di, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. VIII; A. Gamberini e R. Orlandi, a cura di, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi Editore, Bologna 2007; A. Caputo, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 625 ss.; A. Caputo, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 45 ss.; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; L. Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 797 ss.; L. Pepino, *La giustizia, i giudici e il "paradigma del nemico"*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 844 ss.; A. Dal Lago, a cura di, *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Costa & Nolan, Genova 1998; A. Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2ª ed., 1999.

100 La definizione è tratta da M. Donini e M. Papa, nella prefazione alla raccolta antologica, *Diritto penale del nemico, un dibattito internazionale*, cit., pag. VIII.

L'autore tedesco distingue tra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico.

Nel caso del diritto penale del cittadino, la pena, come coazione, è espressiva di un significato, come risposta al fatto di reato, che a sua volta, in quanto commesso da una persona razionale, ha un proprio senso, e, precisamente, esprime una "esautorazione della norma". In questo contesto, la pena risponde esprimendo il significato che "l'affermazione del reo è irrilevante e che la norma persiste nella sua vigenza, senza alcuna modificazione, mantenendosi, pertanto, inalterata la configurazione normativa della società. In questa misura, tanto il fatto criminoso quanto la coazione penale rappresentano mezzi di interazione simbolica, e l'autore è preso sul serio in quanto persona; dal momento che, se non rivestisse tale qualità, non sarebbe necessario contraddirne le azioni."¹⁰¹

All'inverso, sempre secondo l'autore, nel diritto penale del nemico, il diritto rinuncia alla propria pretesa espressiva, e punta esclusivamente alla effettività della coazione, "il che implica che sia diretta non già contro la persona considerata in quanto tale nel sistema giuridico ma si dirige avverso l'individuo pericoloso [...]. Pertanto, in luogo di una persona, che in quanto tale ha una propria competenza e la cui azione si contraddice mediante l'irrogazione di una pena, appare l'individuo pericoloso, avverso il quale si procede - in questo contesto, non attraverso la pena, ma mediante una misura di sicurezza - in maniera fisicamente effettiva: si tratta di una lotta contro un pericolo, in luogo di una comunicazione; è Diritto penale del nemico (in tale contesto, si intende il Diritto penale almeno in un'accezione ampia: l'applicazione della misura di sicurezza presuppone infatti la commissione di un delitto) invece che Diritto penale del cittadino [...]."¹⁰²

Il Diritto penale del nemico si caratterizza, pertanto, per la finalità di neutralizzazione del destinatario della norma, rispetto al quale il diritto penale rinuncia alla propria valenza comunicativa e di orientamento, trattandolo perciò non come "persona", ma come mero "individuo".

Si tratta di una costruzione senz'altro inquietante e criticabile, che tuttavia ha il pregio di cogliere alcuni tratti dell'evoluzione attuale dei sistemi giuridici, non solo di quello italiano, e forse a ciò (solo) si deve la fortuna della categoria.¹⁰³

Per quanto interessa nell'economia del discorso, la categoria è per l'appunto utile in quanto è in grado di definire, attraverso l'espressione sintetica nella quale si condensa, alcuni tratti della disciplina italiana dell'immigrazione,^{104 105} che pare

101 V. Günther Jakobs, *Diritto penale del nemico*, trad. it. di F. Resta, in M. Donini e M. Papa, cura di, *Diritto penale del nemico, un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 7.

102 Ivi, pag. 8.

103 In ordine all'utilità della categoria, V. G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in il Foro Italiano, V, 2011, pagg. 1-12, in cui si legge, a pag. 8: "[...] la contestabilissima (e persino irritante) teorizzazione di Günther Jakobs un non piccolo merito più in generale però lo ha avuto e continua ad averlo, e dovremmo pure essere disposti a riconoscerlo esplicitamente. La provocazione jakobsiana infatti produce l'effetto salutare di indurre noi penalisti a prendere criticamente atto - al di là delle comode rimozioni - che la figura sostanziale dell'autore - nemico (anche quando non venga etichettato formalmente come tale) tende a ridiventare una presenza concreta nell'ambito delle legislazioni contemporanee: e ciò avviene perché tale inquietante figura, verosimilmente, è tornata a rivivere in un immaginario sociale - a torto o a ragione - sempre più allarmato dalla criminalità."

104 Pare, a tal riguardo, non casuale, e neanche illogico, che l'autore contrapponga al diritto penale del nemico non il diritto penale dell'amico, ma il diritto penale del cittadino, categoria che, a sua volta, naturalmente richiama, come suo contrapposto, il diritto penale dello straniero, così

muoversi, da un lato, con una finalità di neutralizzazione dell'immigrato straniero,¹⁰⁶ dall'altro pare rinunciare ed abdicare, nel perseguimento di tale finalità, al suo ruolo di orientamento o recupero o rieducazione o reinserimento, vale a dire proprio al ruolo del diritto penale come comunicazione ed espressione di significato nei confronti del destinatario della norma, che nella Costituzione italiana si esprime nella funzione special - preventiva o rieducativa della pena, e, ancora più radicalmente, anche a qualsiasi forma di dialogo nei confronti dell'immigrato irregolare.

Con la precisazione che, specie nell'assetto attuale tracciato dal diritto interno, questa funzione di effettiva neutralizzazione del migrante irregolare è perseguita ed attuata non esclusivamente all'interno del sistema del diritto penale, ma anche, e, sotto certi aspetti, in maniera più pregnante, all'interno del sistema amministrativo costruito attorno all'espulsione e all'allontanamento dello straniero. È proprio il sistema amministrativo, infatti, ad essere più improntato a una logica punitiva di "effettività" della neutralizzazione, attraverso l'espulsione, del migrante ed è in esso che più facilmente possono realizzarsi quelle lesioni dei diritti fondamentali e delle

implicitamente suggerendo una possibile identificazione tra il diritto penale del nemico e il diritto penale dello straniero, identificazione che è resa concreta e attuale, per alcuni aspetti, dal diritto vigente dell'immigrazione, non solo italiano. Sul punto v. A. Pagliaro, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in Cassazione penale, n. 6, 2010, pagg. 2460 ss., secondo il quale la contrapposizione tra diritto penale del nemico e diritto penale del cittadino sarebbe invece indicativa della scarsa coerenza logica delle affermazioni enunciate da Jakobs: "Il grave vizio logico è annidato già nell'impiego della dizione "diritto penale del nemico", che dovrebbe designare il contenuto della teoria. Se si avverte la necessità di identificare una *species* possibile del *genus* del diritto penale come "diritto penale del nemico", l'altra *species* possibile dovrebbe essere "diritto penale dell'amico". Infatti, concetto logicamente contrapposto a quello del "nemico" è il concetto di "amico". Ma un "diritto penale dell'amico" non emerge, come tale, nelle opere di Jakobs. Anzi, il diritto penale del nemico vi è contrapposto al "diritto penale del cittadino". A sua volta, però, il diritto penale del cittadino dovrebbe aprire il varco a un'altra coppia di concetti, quella imperniata sulla contrapposizione logica cittadino – straniero. Nella terminologia del diritto, chi non è cittadino è "straniero" secondo la logica del rapporto A/ non –A, allora, in questa visione, il diritto penale del cittadino non si contrappone più al diritto penale del nemico, bensì al diritto penale dello straniero. Il diritto penale del nemico scompare addirittura."

105 Con riguardo al rapporto tra fattispecie penali contenute nel TU imm. e diritto penale del nemico, con particolare riferimento all'assetto immediatamente antecedente all'approvazione del "pacchetto sicurezza" del 2009, v. M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., in cui si legge, a tal proposito, a pag. 114: "In queste fattispecie si assiste a un'escalation penalistica del ruolo dello straniero extracomunitario; o egli costituisce l'oggetto di una disciplina di esclusione/respingimento (così l'art. 10), perché non è titolare dei diritti dei cittadini comunitari, oppure è titolare di divieti di ingresso o di doveri di rimpatrio. È questa una politica dell'esclusione penalmente armata. Anticipiamo sin da ora che la politica dell'esclusione è quella che più si avvicina, nell'ambito del cd. diritto penale di lotta, alle forme illegittime del diritto penale del nemico, che rende gli avversari "non persone" destinate a essere neutralizzate o escluse senza colpevolezza o comunque senza una "colpa" corrispondente alla sanzione che viene applicata, trasformando la risposta penale in quella più tipica di un diritto penale d'autore." L'autore poi conclude, a pag. 131: "con tutte queste considerazioni abbiamo preso ormai commiato dal diritto penale del fatto e ci siamo avviato verso un diritto penale dell'esclusione, che è uno dei segni rivelatori del diritto penale del nemico."

106 V., sul punto, L. Masera, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., in cui si legge, con specifico riferimento al cd. "pacchetto sicurezza" del 2009, a pag. 28: "Ed anzi, il testo appena licenziato dal Parlamento porta a definitiva realizzazione quel progetto di *esclusione e criminalizzazione normativa del migrante irregolare*, che ha preso il via nel 2002 con la c.d. legge Bossi – Fini (legge 30 luglio 2002, n. 189) e si è consolidato con gli interventi del 2004 (legge 12 novembre 2004, n. 271) e del 2008 (legge 24 giugno 2008, n. 125)."

garanzie del migrante che probabilmente non sarebbero state possibili all'interno del sistema del diritto penale e del procedimento penale.

È, comunque, un po' tutto il sistema normativo costruito attorno al migrante straniero che sembra pervaso da un'ansia di neutralizzazione, della quale costituisce testimonianza l'enorme varietà, come si è visto nelle pagine che precedono, di provvedimenti di espulsione che possono contemporaneamente, o a poca distanza temporale, raggiungere lo straniero irregolarmente soggiornante, solo in ragione della condizione di irregolarità della sua presenza in Italia.¹⁰⁷

Si tratta, tuttavia, a parere di chi scrive, di un'ansia di neutralizzazione che si articola in modo complesso e non si traduce necessariamente nella determinazione di liberarsi dello straniero irregolare, cioè di cacciarlo dal territorio nazionale, a tutti i costi, ed è perciò, sotto questo aspetto, più apparente che reale, in quanto è cinicamente e realisticamente mitigata dalla considerazione di senso comune che gli immigrati stranieri sono senza alcun dubbio una risorsa, quanto meno sotto il profilo economico, in termini di forza lavoro, e sono una risorsa tanto più conveniente, quanto meno siano loro riconosciuti diritti.

Perciò, la finalità di neutralizzazione c'è, ma è assoluta e inscalfibile solo sul piano simbolico della retorica politica, mentre, in realtà, ciò che più pare interessare al potere politico non è tanto che il migrante venga cacciato, quanto, piuttosto, che vengano creati e siano utilizzabili degli stabili strumenti amministrativi che consentano di eseguirne l'espulsione, e, dunque, permettano di controllare i flussi migratori dall'interno, sulla base di criteri sostanzialmente insindacabili nel merito e perciò nella disponibilità delle autorità cui sono affidate le competenze all'interno del procedimento.

Il procedimento amministrativo di rimpatrio è attualmente, e lo è diventato soprattutto negli ultimi anni, uno strumento decisivo, nel quale si fanno, in modo radicale e in molti casi irreversibile, le sorti dei migranti, molto più importante e penetrante del processo penale a carico dello straniero irregolarmente soggiornante, in ragione della irregolarità del soggiorno.

Nel procedimento amministrativo di rimpatrio, come si è detto nelle pagine precedenti, non solo si decide chi viene espulso e chi rimane dentro il territorio nazionale, con la seria prospettiva, per il meccanismo della sanatorie, che un giorno, generalmente (come è finora sempre accaduto) non lontano, possa essere regolarizzato, ma si decide anche chi rimane all'interno, da libero, seppure

107 Con riguardo alle logiche di esclusione cui è improntata la legislazione italiana nella gestione dell'immigrazione, v. M. Pelissero, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2007, pagg. 684 ss. secondo l'autore, a pag. 689 e 690: "Nella misura in cui uno Stato decide di aprirsi alla immigrazione, la relativa regolamentazione dovrebbe consentire agevoli vie di regolarizzazione della posizione dell'immigrato. Al contrario, è assente una razionale prospettiva di permanente integrazione nell'assetto sociale: a parte le vicende eccezionali della sanatorie, che testimoniano di per sé il fallimento delle gestione ordinaria dell'immigrazione, è del tutto illusoria la pretesa - come vorrebbe il testo unico - di contratti di lavoro che si concludono a distanza, tra un datore in Italia e un lavoratore chiamato dall'estero (art. 5 bis testo unico), soprattutto se si considera che la gran parte della tipologia di lavoro è costituita da contratti a prestazione strettamente personale; quanto alle quote di ingresso, la legge n. 189/2002 ha abrogato l'art. 3 del testo unico, che prevedeva la automatica reiterazione delle quote nel caso in cui non fossero emanati i decreti di programmazione annuale[...] Il legislatore ha, invece, privilegiato una più sbrigativa politica di neutralizzazione[...]. A tale logica sono stati piegati anche istituti penali sia processuali che sostanziali, con una preoccupante deformazione dei loro profili funzionali."

destinatario di un ordine di allontanamento emesso dal questore, e “clandestino” e chi, invece, è costretto in un centro di identificazione ed espulsione, per un tempo che, attualmente, può raggiungere anche diciotto mesi, in attesa di una più compiuta e definitiva regolamentazione della sua posizione.

Per di più, non solo nel procedimento amministrativo di rimpatrio si incide profondamente e radicalmente sulla libertà e sulle prospettive di vita delle persone, ma lo si fa, per un verso, a) sulla base di criteri assolutamente discrezionali e difficilmente sindacabili dall'esterno e, per l'altro verso, b) nell'ambito di procedure nelle quali il diritto di contraddittorio del destinatario dell'atto è “storicamente” stato assai ridotto e lo è anche attualmente.

Basti considerare, sotto il primo profilo, come si è detto nelle pagine che precedono, che il discrimine normativo tra l'espulsione amministrativa che viene eseguita mediante accompagnamento coattivo alla frontiera e quella a cui non viene data esecuzione è costituito, almeno secondo il diritto interno e fatto salvo quanto si è detto nel secondo capitolo, dal ricorrere della condizione pratica della sua “immediata” eseguibilità, in ragione anche della acquisizione, o meno, dei documenti per il viaggio o della disponibilità, o meno, di un mezzo di trasporto idoneo; e che il discrimine, una volta che l'espulsione non sia stata eseguita mediante accompagnamento alla frontiera, tra chi sarà trattenuto presso un centro di identificazione ed espulsione (fino a diciotto mesi) e chi sarà raggiunto esclusivamente da ordine di allontanamento è che sia stato possibile, o meno, trattenerlo.

Dall'esperienza pratica risulta che i provvedimenti con i quali il questore decide se eseguire immediatamente l'accompagnamento coattivo alla frontiera, o meno, o se trattenere uno straniero presso un CIE, o meno, sono generalmente presi su moduli prestampati, sui quali il questore si limita ad imprimere una crocetta, ad esempio, nel quadratino che affianca la dicitura “non è stato possibile acquisire i documenti per il viaggio”, ovvero “non vi è la disponibilità di mezzo di trasporto idoneo”, ovvero “non è stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione”.

Una volta che il questore abbia barrato l'uno o l'altro di questi quadratini, come sarà possibile contrastare o verificare dall'esterno l'effettiva ricorrenza dell'una o dell'altra ipotesi corrispondente, e, in ogni caso, non è evidente che l'effettiva ricorrenza dell'una o dell'altra dipende dalla stessa organizzazione del ministero dell'interno, e alla fin fine, dalle stesse scelte di politica amministrativa in ordine alla effettiva regolazione dei flussi?

E basti pensare, sotto il secondo profilo, per citare solo gli aspetti maggiormente rilevanti, che l'ordine di lasciare il territorio nazionale emesso dal questore ai sensi del co. 5 bis dell'art. 14 TU imm. non è sottoposto a convalida giurisdizionale, che il diritto alla difesa tecnica e al contraddittorio del migrante prima dell'esecuzione del provvedimento coattivo alla frontiera è stato previsto legislativamente solo a seguito di una pronuncia della Corte Costituzionale (la sentenza n. 222 del 2004) e che, anche attualmente, la disciplina della proroga del trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione, che come si è già ripetuto, può durare fino a diciotto mesi, non prevedrebbe, salva l'interpretazione costituzionalmente orientata della Corte di Cassazione offerta nelle recenti sentenze 24 febbraio 2010, n. 4544, e 8 giugno 2010, n. 13767, la partecipazione né l'assistenza tecnica in favore dello straniero e può, almeno stando al tenore della normativa nazionale, essere disposta

anche in ragione di fattori estranei alla sfera di controllo e volontà dello straniero e dipendenti, anche in questo caso, esclusivamente dalla capacità e dalle scelte organizzative degli organi del ministero o delle questure.

Ciò, a parere di chi scrive, costituisce il più grave *vulnus* alla libertà personale che l'ordinamento conosca.

Come è potuto accadere che le proroghe del trattenimento siano state decise, almeno fino alle più recenti sentenze della Corte di Cassazione sopra citate, in un procedimento al quale lo straniero trattenuto, né un suo difensore, non avevano diritto di partecipare, e che si è svolto, perciò, nella dialettica esclusiva tra il giudice di pace e l'organo del ministero dell'interno, la questura, dalla cui capacità e decisioni organizzative dipende il persistere delle condizioni che legittimano il perdurare del trattenimento?

Come può la durata della limitazione della libertà personale essere legittimamente fatta dipendere da ragioni organizzative della pubblica amministrazione, e, perciò, in sostanza, dalla sua discrezionalità, senza per di più che l'ordinamento predisponga strumenti efficaci, sia di difesa del destinatario dell'atto, che di controllo giurisdizionale di legittimità, per evitare che tale discrezionalità si trasformi in arbitrio, e che, nei fatti, tale limitazione della libertà venga nella sostanza fatta dipendere solo da ragioni interne, di opportunità e mezzi, e dipendenti dal controllo della regolazione dei flussi degli immigrati stranieri?

Il procedimento amministrativo di rimpatrio e i vari atti, anche profondamente incisivi della libertà personale, nei quali si articola non sono altro che un duttile strumento di regolazione, dall'interno, dei flussi migratori, che sopperisce all'assenza o, quanto meno, alla scarsa efficacia, degli strumenti di regolazione "a monte".

Ed è inoltre uno strumento in cui il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa del destinatario degli atti sono formalmente e di fatto molto limitati.

Orbene, se ciò è vero, se è vero cioè che il procedimento di rimpatrio è uno strumento di regolazione dei flussi sulla base di criteri non stringenti e seriamente formalizzati e nel quale sono scarsi il contributo e la capacità di contraddittorio del destinatario degli atti, assumono ovviamente assoluta rilevanza gli organi dello Stato cui sono affidate le competenze degli atti del procedimento.

In quest'ottica, appare significativo che l'evoluzione della legislazione interna non abbia toccato, in sostanza, i criteri e i presupposti degli atti della procedura, ma piuttosto le competenze.

E infatti, dal momento in cui l'esecuzione del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto mediante accompagnamento coattivo alla frontiera è divenuta la regola (vale a dire, come si è visto nel capitolo I, a seguito dell'entrata in vigore della legge cd. Bossi - Fini, mentre la legge cd. Turco - Napolitano prevedeva che l'accompagnamento coattivo alla frontiera fosse subordinato alla mancata ottemperanza dello straniero all'ordine di espulsione), il discrimine normativo, tra l'espulsione amministrativa che è eseguita coattivamente e quella che non lo è, è sempre stato costituito dal ricorrere della condizione pratica della sua "immediata" eseguibilità, in ragione anche della acquisizione, o meno, dei documenti per il viaggio o della disponibilità, o meno, di un mezzo di trasporto idoneo; ed è così, in sostanza, anche nel sistema attuale, pure a seguito dell'entrata in vigore della direttiva rimpatri e del d.l. n. 89 del 2011, nel quale, come si è già detto, benché sia formalmente previsto che l'accompagnamento coattivo non sia più la regola, e che,

invece, la regola sia quella della concessione di un termine per il rimpatrio volontario, a meno che non vi sia un pericolo di fuga, in pratica quest'ultimo potrà essere concesso in ipotesi del tutto marginali, data la larghezza dei casi in cui deve essere riconosciuto sussistente tale ultimo requisito.

In modo analogo, dal momento in cui è stato legislativamente introdotto l'istituto dell'ordine di allontanamento emesso dal questore come rimedio alternativo al trattenimento in un centro (vale a dire, come si è visto nel capitolo I, a seguito dell'entrata in vigore della legge cd. Bossi - Fini, mentre la legge Turco - Napolitano non conosceva tale istituto), il discrimine tra le due ipotesi è sempre stata la possibilità, o meno, del trattenimento; ed è così, in sostanza, anche nel sistema attuale, pure a seguito dell'entrata in vigore della cd. direttiva rimpatri e del d.l. n. 89 del 2011, nel quale, come si è già detto, il legislatore ha limitato fortemente le ipotesi in cui potranno essere applicate misure funzionali all'allontanamento, ma meno coercitive del trattenimento.

Anzi, in questa prospettiva, la dialettica tra il legislatore italiano e l'Unione europea, le resistenze, prima, ad applicare la direttiva rimpatri e le discrasie, poi, tra la normativa dettata dal d.l. n. 89 del 2011 e la normativa comunitaria, possono per l'appunto essere lette come un tentativo di conservazione, che ha il senso e il significato di una difesa e rivendicazione dell'autonomia nella regolazione dei flussi, con riguardo agli stranieri irregolari, in contrapposizione alle direttive europee improntate all'efficienza della procedura di rimpatrio e, al contempo, al rispetto dei diritti dei migranti.

Sul piano delle competenze in ordine agli atti della procedura di rimpatrio si è invece assistito a) a una progressiva estensione dei poteri delle questure e b) a un progressivo esautoramento del ruolo di controllo di legittimità da parte del giudice ordinario in favore del giudice di pace.

Sotto il primo profilo, pare utile sottolineare che il ruolo del questore è stato, con gli anni, notevolmente potenziato.

Basti pensare, a tal proposito, al fatto che, attualmente, il questore ha una competenza esclusiva ad emettere tutti gli atti della procedura di rimpatrio che incidono sulla libertà personale, salva la successiva convalida del giudice di pace, ponendo, anche sotto questo profilo pesanti dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 13 della Costituzione.

Ciò fa delle questure, di fatto, gli organi e strumenti principali della regolazione dei flussi migratori in Italia.

Sulla base di criteri altamente discrezionali, le questure decidono, in concreto, il numero di cittadini di Paesi terzi che saranno espulsi, il numero di coloro che resteranno all'interno del territorio nazionale, da "clandestini", e il numero di quelli che saranno trattenuti nei centri di identificazione ed espulsione.

Ciò è tanto più grave se si consideri che i sistemi di regolazione "a monte" dei flussi sono molto farraginosi e di scarsa portata, salvo il sistema dei ricongiungimenti familiari, che è stato, comunque, nell'ultimo periodo, notevolmente ridimensionato, e che non esistono sistemi stabili di regolarizzazione, basati, ad esempio, su indicatori di inserimento.

Affidare alle questure il potere di regolazione dei flussi vuole anche dire attrarre il fenomeno dell'immigrazione straniera in Italia, che ha, ovviamente, un carattere e motivazioni prevalentemente di tipo economico, in un campo di gestione dell'ordine pubblico.

Peraltro, agli organi di polizia giudiziaria sono stati affidati rilevanti compiti anche all'interno del processo dinanzi al giudice di pace per l'accertamento dei reati in tema di immigrazione che la legge affida alla sua competenza.

Sotto il secondo profilo, occorre rilevare che, attualmente, specie a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, il giudice ordinario è stato del tutto esautorato dal ruolo di controllo di legalità degli atti del procedimento amministrativo di rimpatrio.

Ciò rappresenta l'esito di un processo iniziato nel 2004, con il trasferimento al giudice di pace di procedure che prima rientravano nella competenza del giudice ordinario, come la competenza in ordine al ricorso avverso il provvedimento del prefetto di espulsione o la competenza in ordine alla convalida del provvedimento del questore che ordina l'accompagnamento coattivo alla frontiera o dispone il trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione.

Questo processo attualmente si è completato con il trasferimento al giudice di pace di ogni controllo di legalità sugli atti amministrativi della procedura di rimpatrio, anche di quello incidentale che si esercita nel giudizio di accertamento dei reati previsti dall'art. 10 bis, e 14, co. 5 ter e quater, TU imm., reati, questi ultimi due, che, come si è visto nelle pagine precedenti, sono stati trasferiti alla competenza del giudice onorario con il d.l. n. 89 del 2011.

Ciò pone senz'altro in termini molto più urgenti che nel passato il problema della preparazione e delle garanzie di imparzialità ed indipendenza del giudice di pace, specie in un contesto normativo, come quello attualmente vigente, in cui è contemplata finanche la possibilità che i procedimenti di convalida degli atti di trattenimento o accompagnamento coattivo alla frontiera si svolgano in luoghi e con strumenti forniti dalle stesse questure, con il rischio che la contiguità e vicinanza fisica tra i soggetti chiamati a decidere e controllare la legittimità delle decisioni assunte, si risolva, specie in considerazione del contenuto delle decisioni, che, come si è detto, chiama in causa quasi esclusivamente le stesse scelte o capacità organizzativa del ministero dell'interno, e dell'assenza di ulteriori controlli di merito e di un compiuto ed efficace contraddittorio con i destinatari degli atti, nella formazione di un terreno di condivisione delle scelte delle questure e dell'attrazione, di fatto, della funzione del giudice di pace in un campo di gestione in concreto dei flussi migratori.

Se alle procedure amministrative di rimpatrio sono dunque, per lo più, affidati compiti di neutralizzazione del migrante, in una logica simile a quella del diritto punitivo del nemico, e di regolazione dei flussi migratori, al diritto penale è affidato un ruolo, in termini di effettività, assolutamente marginale, e, comunque, subordinato all'esito delle procedure amministrative.

È pur vero, infatti, che, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 89 del 2011, anche per i giudizi di accertamento dei reati in tema di immigrazione irregolare affidati alla competenza del giudice di pace, è prevista la possibilità che questi applichi la sanzione sostitutiva dell'espulsione, il che pare testimoniare che anche il processo penale sia improntato alla stessa ansia di liberarsi e di neutralizzazione dell'immigrato irregolare, ma, come si è ampiamente detto nelle pagine che precedono, questo esito potrà verificarsi in casi del tutto marginali e comunque il processo penale è sempre subordinato alla mancata esecuzione dell'espulsione in sede amministrativa, tant'è che il giudizio per l'accertamento di tutti i reati collegati

alla “clandestinità” deve concludersi con una sentenza di non luogo a procedere quando tale espulsione abbia avuto luogo.

Il ruolo delle fattispecie e del sistema penale in materia di immigrazione straniera non è tanto quello della neutralizzazione integrale che si esprime nell’allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, che si attua, compiutamente, nel procedimento amministrativo di rimpatrio finalizzato all’espulsione, ma, piuttosto, quello simbolico¹⁰⁸ e di condizionamento della vita e della concreta possibilità di esercizio dei diritti degli stranieri irregolarmente soggiornanti che, ciononostante, non saranno espulsi ma continueranno a vivere in Italia, seppure da “clandestini”.

Si tratta, ovviamente, di finalità che sono in contrasto con il disegno costituzionale del diritto penale che assegna alla pena, oltre alla funzione retributiva, anche quella della rieducazione e del reinserimento sociale del condannato.

Del resto, che il diritto penale dell’immigrazione abbia “storicamente” perseguito o comunque accettato finalità estranee a quelle costituzionalmente compatibili è ormai un dato di fatto, che, in una prospettiva di analisi storica, può innanzitutto pacificamente trarsi dalla dialettica che si è avuta negli anni tra il legislatore e le pronunce, sul tema, della Corte Costituzionale.¹⁰⁹

È sintomatica, a tale riguardo, la pronuncia della Corte Costituzionale n. 78 del 2007, dichiarativa dell’illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l’accesso alle misure alternative da essi previste.

In tale pronuncia si legge:

“Invero, l’incompatibilità rispetto all’art. 27, terzo comma, della Costituzione, che attinge le norme censurate in esito al vincolante principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione, deriva dal fatto che quest’ultimo si risolve nella radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un’intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice - la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato - privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati.

Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all’oggetto, abbracciando indistintamente l’intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti

108 V., sul punto, L. Masera, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, cit., in cui si legge, con specifico riferimento al ruolo del diritto penale a seguito dell’approvazione cd. “pacchetto sicurezza” del 2009, a pag. 29: “All’interno della complessiva linea d’intervento predisposta con le ultime (e assai rilevanti) modifiche normative, il *diritto penale* gioca un ruolo tutto sommato *marginale*, benché assai visibile sotto il profilo comunicativo e *simbolico*.”

109 Sul tema del ruolo della Corte Costituzionale con riguardo alla disciplina dell’immigrazione v. M. Pelissero, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull’immigrazione*, cit. Secondo l’autore, la Corte costituzionale si sarebbe mossa, contrariamente al legislatore, in una logica di inclusione dell’immigrato, logica cui risponde anche la sentenza n. 78 del 2007, in cui, si legge a pag. 704 “la logica della inclusione trova una nuova importante affermazione”. L’autore considera la sentenza appena citata anche un’occasione di apertura alla possibilità di un dialogo culturale, a pag. 704: “ma è certo che, pur nei limiti di un percorso all’interno dell’esecuzione della pena, la valorizzazione del rispetto della persona e delle modalità extramurarie di esecuzione della pena rappresentano tasselli importanti per attivare un dialogo[...]”.

estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva - il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato - che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione.”

La sentenza della Corte Costituzionale appena citata, letta anche alla luce e con l'ausilio della categoria interpretativa del diritto penale del nemico, contiene l'affermazione che al diritto penale è connaturata e coesistente, sotto il profilo della conformità alle norme della Costituzione, una funzione rieducativa e che, perciò, una tale funzione non può in astratto e a priori essere esclusa per l'intera categoria degli stranieri irregolarmente soggiornanti nel territorio nazionale.

Ciò vuol dire, per l'appunto, che non è compatibile con il principio di rieducazione del condannato, fissato dall'art. 27, co. 3, Cost., un diritto penale del nemico “puro”, vale a dire un diritto penale che tenda esclusivamente alla neutralizzazione dello straniero irregolarmente soggiornante, attraverso la sua espulsione, e che, al contrario, l'attuazione degli strumenti che tendono alla rieducazione e al reinserimento dello straniero, vale a dire delle misure alternative alla detenzione, nella fase esecutiva della pena debba prevalere anche nei confronti dello straniero che non abbia titolo legale per continuare a soggiornare all'interno del territorio nazionale.

In modo analogo, ma ancora più nello specifico, che attraverso il diritto penale il legislatore persegua intenti di stigmatizzazione di una categoria, è ormai sancito da una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 249 del 2010, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'aggravante di immigrazione clandestina.

In tale pronuncia, già analizzata nel capitolo I, par. 7, si legge, al riguardo:

“In definitiva, la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento.

Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore.”

In questa pronuncia della Corte Costituzionale è chiarissima e netta l'affermazione che il legislatore, attraverso la previsione della cd. aggravante di immigrazione clandestina, attua una "stigmatizzazione" dell'intera categoria dello straniero irregolarmente soggiornante.

È perciò implicitamente detto che, con la previsione poi dichiarata incostituzionale, il legislatore ha piegato lo strumento penale, attraverso la previsione di un aggravamento della pena per tutti i soggetti appartenenti alla categoria degli stranieri irregolarmente soggiornanti in Italia, ad una funzione simbolica generalizzata di "stigmatizzazione" di una intera categoria e del singolo in quanto appartenente alla categoria, vale a dire del singolo in ragione di una sua qualità personale e non di una sua azione.

Si tratta di una affermazione di notevole gravità, che evoca il modello del "diritto penale d'autore"¹¹⁰, modello incompatibile con la tradizione del diritto penale liberale¹¹¹, e che è tanto più grave in quanto non riguarda un tema marginale o

110 A tal riguardo, può essere utile riportare la definizione di "diritto penale d'autore", formulata da uno dei massimi studiosi del diritto penale in Italia, Ferrando Mantovani, nel suo *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1992, pag. 558. L'autore parla del diritto penale dell'autore come di quel diritto penale che "sposta il proprio centro dal fatto al soggetto e costituisce l'aspirazione massima di personalizzazione dell'illecito penale. Esso dà luogo: a) alla concezione positivista – naturalistica del *tipo criminologico d'autore* a fini preventivi, che considera il delinquente nella sua globale personalità bio – psichica, causa del delitto, e per la quale il, reato non è che un sintomo della pericolosità sociale del soggetto; b) alla concezione etico – sociale del *tipo normativo d'autore* a fini repressivo – retributivi, volta a cogliere, sullo sfondo della tipologia legale dei reati, la tipologia etico – politica degli autori, come è sentita dalla coscienza sociale". L'autore conclude, poco più avanti: "nella sua nebulosità, la dottrina del tipo d'autore in realtà elude la stessa determinazione delle tipologie soggettive e finisce in un soggettivismo nel quale ogni criterio di sicurezza e di certezza giuridica viene sacrificato. Come è stato infatti rilevato, tale strumento si è rivelato tipico dei regimi totalitari, in cui si riscontra la accentuata tendenza a risolvere il reato nell'autore, la dommatica del reato, nella dommatica del reo, per farla scivolare dalla interpretazione della fattispecie al campo delle valutazioni rispecchianti l'ideologia dominante". Un'ulteriore definizione, molto precisa, di diritto penale d'autore è data da M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit. a pag. 119: "per diritto penale d'autore va inteso, in senso stretto, un diritto penale dove la ragion d'essere della punibilità (o di una risposta sanzionatoria aggravata) non consiste nel fatto commesso, ma nel tipo d'autore, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto "antigiuridico", oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione di un fatto, ma perché è in realtà il suo autore a risultare indesiderabile."

111 In ordine al rapporto tra diritto penale e democrazia e al carattere illiberale che ha assunto la legislazione penale, specie in tema di immigrazione, V. G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, già cit., in cui si legge, a pag. 3: "questa strumentalizzazione del diritto penale per fini politici generali (che peraltro non è fenomeno solo italiano, ma presenta una valenza macroscopica per esempio negli Stati Uniti) è andata non solo accentuandosi lungo gli anni, ma ha di recente assunto in Italia tratti marcatamente illiberali. L'uso politico della coercizione penale si è infatti spinto sino al punto di dare sfogo a pulsioni xenofobe e di canalizzare ansie identitarie, come è emblematicamente avvenuto nel processo genetico ad opera delle forze governative del centro – destra sia nella nuova circostanza aggravante della clandestinità, sia nel nuovo reato di immigrazione clandestina. Peraltro, la comune aspirazione politicamente autoritaria di entrambe queste novità rimane, a nostro avviso, impregiudicata nonostante il fatto che successivamente soltanto la prima (cioè l'aggravante) sia caduta sotto la scure del controllo di costituzionalità, mentre il reato di immigrazione clandestina è stato considerato costituzionalmente tollerabile. Infatti, è possibile che il tratto di fondo politicamente illiberale di un'incriminazione non ne comporti, in maniera pressoché automatica, una sicura illegittimità argomentabile in sede di giurisdizione costituzionale." L'autore, prosegue, pag. 7, mettendo in connessione il paradigma del tipo d'autore con il diritto penale del nemico: "[...] non sembra invero azzardato ricondurre

secondario dell'ordinamento, ma un punto cruciale, come quello delle politiche dell'immigrazione.

È come se il giudice delle leggi avesse sancito, con le affermazioni sopra riportate, che il legislatore italiano, di fronte alla questione fondamentale della gestione dei flussi migratori, abbia reagito, almeno con le norme oggetto della pronuncia, con risposte non solo incompatibili con le norme costituzionali, ma anche estranee alla tradizione penale liberale occidentale.

È pur vero che la Corte Costituzionale con la quasi contestuale sentenza n. 250 ha escluso che al modello del "diritto penale d'autore" fosse anche riconducibile la previsione della fattispecie incriminatrice dell'art. 10 bis TU imm., ma lo ha fatto sulla base di affermazioni, che in parte appaiono formalistiche e poco convincenti e in parte sono, a parere di chi scrive, criticabili, soprattutto nella misura in cui riconoscono alla previsione della fattispecie incriminatrice una qualche funzione propriamente riconducibile a quelle classiche delle norme penali incriminatrici.

Sotto il primo profilo, l'affermazione decisiva della Corte Costituzionale, contenuta nella sentenza n. 250 del 2010, sulla quale questa basa la differenza tra l'aggravante della clandestinità, riconducibile al modello del diritto penale d'autore, e il reato di clandestinità, all'inverso non riconducibile a tale modello, perché rispettoso dei principi di materialità ed offensività, in quanto lesivo dell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori è la seguente:

“La condizione di cosiddetta “clandestinità” non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'aver commesso i reati stessi).”

In sostanza, secondo la Corte, mentre la previsione dell'aggravante corrisponde al modello del diritto penale d'autore perché prevede un aggravamento del reato in ragione di una condizione preesistente, quella della “clandestinità”, al contrario, il reato non punirebbe direttamente tale condizione ma i fatti materiali ed offensivi del fare ingresso o del permanere nel territorio nazionale, dai quali deriva solo in senso descrittivo la condizione della clandestinità che è espressione sintetica che serve ad indicare l'autore dell'una o dell'altra condotta punita dalla norma incriminatrice.

Si tratta di una distinzione che a molti studiosi è parsa formalistica e non persuasiva.¹¹²

l'odierno *revival* del paradigma del tipo d'autore e della corrispondente pericolosità soggettiva a un clima – ora implicito, ora esplicito – di “diritto penale del nemico” [...]. Sul tema v. anche M. Bovero e V. Pazè, a cura di, *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma – Bari, 2010, e, in particolare, l'intervento di L. Ferrajoli, *Democrazia e paura*, pagg. 115 – 135, in cui si legge, a pag. 129, il seguente giudizio, riferito specificamente al “pacchetto sicurezza” del 2008: “è questo l'aspetto più grave di tutte queste norme, più ancora della violazione di classici principi garantisti: il veleno razzista da esse iniettato nel senso comune. Queste leggi, infatti, non si limitano a riflettere il razzismo diffuso nella società, ma sono esse leggi razziste, che quel razzismo valgono ad assecondare e ad alimentare: sono le odierne “leggi razziali”, a distanza di settant'anni da quelle di Mussolini”.

112 A tal riguardo, v. A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in Cass. Pen. n. 2 del 2011, pagg. 446 – 457 in cui si legge, a pag. 454: “tali argomenti della Corte, come anticipato, non persuadono. Le distinzioni addotte dai Giudici costituzionali sulla preesistenza dello *status* di clandestino, nell'aggravante giudicata incostituzionale, e, invece, della sua posteriorità rispetto al reato in esame, appaiono francamente, ci

Come si è tentato di dimostrare nella pagine che precedono, pare poi molto azzardato e irrealistico riconoscere una qualsiasi funzione deterrente e general - preventiva alla sanzione penale della multa, prevista, come sanzione principale, per la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm..

E ciò non solo, perché, come si è già accennato, tale sanzione non potrà, nella generalità dei casi, in alcun modo essere efficacemente pretesa, ma anche perché essa si aggiunge e sovrappone alla sanzione amministrativa del rimpatrio in sede amministrativa dello straniero irregolarmente soggiornante, sanzione che senza dubbio alcuno è molto più efficace e minacciosa per chi sia entrato illegalmente in Italia, spesso affrontando enormi pericoli nel viaggio.

sia consentito, dei “formalismi”, perché il mero riferimento al dato temporale non sembra proprio mutare la sostanza dei problemi. La norma impugnata si pone, al contrario, a nostro avviso, in maniera irreparabile, in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., in quanto la stessa assoggetterebbe a sanzione penale un particolare *status* in cui verserebbe il soggetto, e cioè quello di chi si trova in una condizione di clandestinità per non essersi, in precedenza, attenuto alle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 286/1998, invece che prendere in considerazione, come oggetto della tutela penale, un fatto materiale offensivo di un bene costituzionalmente tutelato. Nulla di più, quindi, sempre secondo la nostra ricostruzione, di una ipotesi di “colpa d'autore” o “per la condotta di vita”. Nelle conclusioni l'autore sottolinea, a pag. 457: “emerge un atteggiamento di pessimismo nell'analizzare queste fattispecie perché, a nostro giudizio, proprio il tema della legislazione in materia di immigrazione clandestina porta a un pericoloso arretramento del diritto penale da un diritto penale del fatto a un diritto penale dell'autore”. Tali conclusioni sono, nella sostanza, condivise anche da L. Masera, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, pagg. 1373 ss.. L'autore, dopo aver sottolineato che la pronuncia n. 250 si è basata sul criterio di non manifesta irragionevolezza della norma censurata, osserva, a pag. 1394: “in virtù di questo consolidato *self restraint* della Corte rimangono vigenti nell'ordinamento due norme (l'art. 14, co. 5 ter ed il nuovo 10 bis TU imm.) che sono espressione, secondo il parere ormai di moltissimi ed autorevoli giuristi di un modello di *diritto penale d'autore*, nel quale lo straniero irregolare è in quanto tale identificato come un criminale, meritevole della sanzione penale.” Di diritto penale d'autore o diritto penale della mera disobbedienza parla anche M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., sia in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 14, co. 5 ter, TU imm., seppure nella forma del delitto antecedente al d.l. n. 89 del 2011, che alla fattispecie di cui all'art. 10 bis TU, seppure prima della sua definitiva introduzione. A proposito del primo reato, l'autore osserva, a pag. 121 e 122: “[...] ci chiediamo dunque se si tratti di un delitto inquadrabile nella categoria del diritto penale d'autore: formalmente è commesso un “fatto”, l'inosservanza dolosa di un provvedimento, che elude l'interesse pubblico alla disciplina delle migrazioni. Tuttavia il fatto non ha disvalore intrinseco se non per la qualità generale della “classe di nazionalità” di appartenenza dello straniero[...]. Orbene, un fatto penalmente rilevante che fonda la sua illiceità “di base” (il provvedimento trasgredito) su una valutazione delle condizioni di una persona che prescindono completamente dalla sua situazione o condotta personale “indiziante” la pericolosità per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico, non risulta pericoloso per quei beni giuridici, che rimangono sullo sfondo come beni di categoria, e dunque non pare conforme al principio di inoffensività, se non nel quadro della repressione penale dell'atto di disobbedienza che segue all'ordine e lo trasgredisce. Non è un diritto penale d'autore in senso stretto, perché suppone anche una condotta inosservante: tuttavia, l'ordine violato si basa a sua volta su una valutazione legale di tipologie d'autore nazionale: si punisce un fatto perché sintomatico di una pericolosità derivante solo dall'appartenenza del soggetto ad una “categoria geopolitica” di chi (non) possiede una certa cittadinanza”. Lo stesso, secondo l'autore, è a dirsi con riguardo alla fattispecie ora prevista dall'art. 10 bis TU imm., perché, come è scritto a pag. 126: “tipo d'autore e disobbedienza, anche qui fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi, in vista di interessi – scopo di sicurezza pubblica e ordine pubblico.”.

In secondo luogo, non può neanche riconoscersi una qualsiasi efficacia alla sanzione penale sostitutiva dell'espulsione, sanzione che, come si è detto nella pagine che precedono, potrà essere applicata solo in ipotesi del tutto marginali, in tali casi sovrapponendosi, peraltro, alla del tutto analoga sanzione dell'espulsione già applicata in sede amministrativa.¹¹³

Né può, a parere di chi scrive, realisticamente sostenersi che il legislatore del 2009 abbia introdotto la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm., ritenendo che dalla previsione della sanzione della multa o della espulsione, come sanzione penale sostitutiva, ne sarebbe derivato un qualsiasi effetto positivo in termini di efficacia general - preventiva e dunque di contrasto all'immigrazione illegale in Italia.

E allora, realisticamente private le sanzioni previste per la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm. di qualsiasi efficacia propriamente riconducibile a quelle della prevenzione generale e speciale, non resta che riconoscere che anche tale previsione penale, del tutto analogamente alla previsione dell'aggravante cd. di "immigrazione clandestina", dichiarata costituzionalmente illegittima, abbia, esclusivamente, una funzione simbolica di stigmatizzazione dello straniero irregolarmente soggiornante, stigmatizzazione dipendente dall'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno in quanto tale, vale a dire dalla sua "clandestinità", e risponda, sempre analogamente alla previsione dell'aggravante, alla logica del tipo penale d'autore, vale a dire alla logica non di incriminare una condotta per il suo intrinseco disvalore, ma piuttosto di punire un soggetto, solo in ragione della sua appartenenza ad una categoria.^{114 115}

113 V., sul punto, L. Masera, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., in cui si legge, con specifico riferimento alla sanzione prevista per il reato di cui all'art. 10 bis TU imm., a pag. 30: "Una modifica certamente *significativa sul piano simbolico espressivo*, posto che il Governo può oggi finalmente affermare di avere introdotto il tanto discusso ed invocato "*reato di clandestinità*"; e tuttavia una novità che ha un impatto pratico pressoché insignificante situazione dello straniero irregolare, considerato che per il reato è prevista una pena di natura esclusivamente pecuniaria (che ben difficilmente il migrante sarà in grado di pagare), e che l'espulsione applicabile in qualità di misura sostitutiva sarebbe stata comunque da eseguire, con le stese modalità, in via amministrativa sulla base del medesimo presupposto (la mancanza di un valido titolo di soggiorno) oggi elevato ad autonoma figura di reato." Sulla stessa linea v. V. Onida, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il sole* 24 ore, 19 maggio 2009, pag. 15: "La nuova previsione del reato renderà più facile l'esecuzione dell'espulsione? No: gli ostacoli reali che sussistevano prima continueranno ad esserci anche dopo. Come già prima, anche dopo sarà possibile soltanto trattenere lo straniero nei CIE, ma nessuna facilitazione vi sarà al suo effettivo allontanamento dal territorio dello Stato."

114 Alcune ordinanze di rimessione della questione di costituzionalità avevano, per l'appunto, con riferimento alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 bis TU imm., invocato il paradigma del tipo penale d'autore. Vd., per tutte, l'ordinanza del giudice di pace di Torino del 6.10.2009.

115 Sul tema, v. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzi di esclusione e indebolimento dello straniero*, cit., pag. 20 ss. L'autore accomuna tutte le forme di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante nella categoria del diritto "punitivo" dell'esclusione, nel quale rientra il diritto penale dell'esclusione, i cui tratti distintivi sono, secondo l'autore, "offerti dalla circostanza che scopo del meccanismo repressivo non è quello di integrare, inserire, accogliere, ma piuttosto di emarginare, segregare, neutralizzare nei termini più definitivi possibili.". L'autore prosegue riportando alcune norme della disciplina dell'immigrazione al diritto penale dell'esclusione: "Ebbene, una parte del diritto dell'immigrazione può essere considerata espressione del diritto penale dell'esclusione, in quanto "tutte le strade" portano all'espulsione. Da un lato, pur avendo lo stesso identico contenuto, e quindi nella sostanza la stessa identica finalità, il nostro legislatore ha previsto ben cinque tipi di espulsione, operanti in tutti settori e le fasi del diritto punitivo latamente inteso, e cioè come misura amministrativa, come misura

Orbene, se alle procedure amministrative di rimpatrio è riconosciuta la funzione più pregnante di “neutralizzazione” dello straniero irregolarmente soggiornante, e in esse si realizza ed attua il più importante *vulnus* per la libertà individuale e per le garanzie individuali nei confronti degli atti dell’ autorità, se le norme penali, abdicando ad ogni funzione realisticamente connessa alla pena o alla sua minaccia, hanno essenzialmente una funzione sul piano simbolico della comunicazione politica e sociale, deve tuttavia anche rilevarsi che alle norme penali incriminatrici in tema di immigrazione residui invece un ruolo che alcuni autori chiamano di indebolimento dello straniero irregolarmente soggiornante e tuttavia non espulso, il “clandestino”.

Come si è accennato nelle pagine che precedono, il potere politico non si è mai preoccupato essenzialmente, o comunque esclusivamente, dell’effettività delle espulsioni, ma piuttosto si è impegnato nella ricerca e nell’affinamento di strumenti che consentissero di regolare i rimpatri, e perciò i flussi di immigrati stranieri, dall’interno, con criteri molto larghi, che, nella sostanza, fanno dipendere la loro regolazione dalla volontà e dalle politiche degli organi con poteri decisionali in ordine alla procedura amministrativa di rimpatrio (le questure, con il controllo di legittimità dei giudici di pace).

D’altronde, come si è già accennato, tutti i governi hanno proceduto negli anni ad effettuare periodiche regolarizzazioni degli immigrati stranieri, così implicitamente mostrando di ritenere assolutamente “fisiologica” una quota, anche consistente, di irregolarità e mostrando anche di ritenere che, alla fin fine, quella condizione di irregolarità che, fino ad un momento prima, si era stigmatizzata e proclamatamente osteggiata, non era poi così grave da non potere essere sanata, offrendo a coloro che erano irregolari o “clandestini” di potere accedere alla legalità.

A parere di chi scrive, il diritto penale, in tale contesto, ha svolto, e svolge in modo molto accentuato soprattutto nel quadro attuale, oltre al ruolo di stigmatizzazione, una funzione di indebolimento dei diritti dei migranti irregolari, almeno fintantoché non avranno superato, con una successiva regolarizzazione, la soglia dell’illegalità.

Per definire in forma sintetica il fenomeno, può essere utile la categoria, di recente elaborata dalla dottrina proprio con riferimento alle norme penali in tema di immigrazione, di “diritto punitivo dell’indebolimento”, come quel diritto

“caratterizzato dalla circostanza che, scopo del meccanismo repressivo non è quello di escludere, segregare, neutralizzare, ma piuttosto di mantenere il soggetto all’interno della società, rendendolo tuttavia debole e quindi suscettibile di eventuali strumentalizzazioni”¹¹⁶

di prevenzione, come misura di sicurezza, come sanzione sostitutiva e come misura alternativa alle pene detentive. Con la conseguenza che, quando entra in gioco una persona straniera, lo strumento principale che si utilizza è per l’appunto quello che determina una radicale esclusione della società. Dall’altro lato, le altre sanzioni che possono essere impiegate risultano strumentali o comunque secondarie rispetto alla stessa espulsione.”

116 La definizione è di R. Bartoli, *Il diritto penale dell’immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzi di esclusione e indebolimento dello straniero*, cit., pag. 21. L’autore prosegue nel suo discorso, paragonando e definendo i tratti distintivi del diritto punitivo dell’esclusione e del diritto punitivo dell’indebolimento: “più precisamente, come già accennato, un diritto è dell’esclusione se ha come obiettivo quello di creare una frattura risolutiva tra una determinata realtà sociale e una persona che si vuole nella sostanza bandire. Diversamente, un diritto penale è dell’indebolimento quando ha come obiettivo quello di tollerare la presenza del soggetto all’interno della società, ma di renderlo particolarmente vulnerabile, indifeso, esposto, fragile, e quindi

Il diritto penale, in tale contesto, è dell'indebolimento quando la finalità o l'effetto delle norme incriminatrici non è, propriamente, come normalmente accade, legata alla sanzione, e alla minaccia della sanzione, che, come si è detto, sono di pressoché nulla rilevanza nel caso delle norme incriminatrici legate alla condizione di irregolarità del soggiorno, ma piuttosto quella di creare, attraverso l'incriminazione, un meccanismo di condizionamento e indebolimento della condizione complessiva dell'immigrato irregolarmente soggiornante, così incidendo sulla sua possibilità di esercitare diritti.

Ciò si realizza considerando i cd. "effetti indiretti" dell'incriminazione della condizione di irregolarità in quanto tale, che si sono ottenuti con l'introduzione del reato previsto attualmente dall'art. 10 bis, TU imm.

E infatti, siccome la permanenza dello straniero irregolare costituisce, in sé, reato, i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio sono obbligati a denunciarlo, a norma dell'art. 331 del codice di procedura penale¹¹⁷.

La norma ha una portata potenzialmente discriminatoria nei confronti dell'immigrato irregolarmente soggiornante, al quale è così potenzialmente inibita, per il fatto stesso della irregolarità del soggiorno, la possibilità di contatto con i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio.

Ma la finalità di indebolimento dell'incriminazione ai sensi dell'art. 10 bis TU imm. è ancora più facilmente riconoscibile in quanto si colleghi e saldi la previsione incriminatrice ad altre norme, che da un lato consentono di rendere in concreto operativo il meccanismo dell'obbligo di denuncia da parte del pubblico ufficiale, dall'altro rispondono alla stessa logica della "terra bruciata"¹¹⁸ nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante, impedendogli anche l'accesso a prestazioni o servizi privati.

Le norme che consentono di rendere operativo l'obbligo di denuncia e che dunque perseguono lo scopo di inibire ed impedire la fruibilità dei servizi pubblici da parte dell'immigrato irregolarmente soggiornante, di tenerlo a distanza dalla dimensione pubblica, sono quelle che impongono a questi di esibire ai pubblici ufficiali i documenti attestanti la regolarità del soggiorno.

A tal riguardo, pare significativo che, nello stesso contesto normativo in cui è stato introdotto il reato dell'art. 10 bis TU imm., vale a dire il "pacchetto sicurezza" del

sfruttabile in virtù della sua debolezza. In sostanza, con il diritto penale dell'esclusione il diritto penale dell'indebolimento ha in comune la prospettiva discriminatoria, l'insofferenza nei confronti delle differenze, il dispregio dell'inferiore per condizione sociale, per razza o per condotta. Tuttavia se ne differenzia sul piano dell'esito, perché mentre il diritto punitivo dell'esclusione tende per l'appunto a creare una frattura e a segregare, al contrario il diritto penale dell'indebolimento non intende emarginare il soggetto sul piano fisico - materiale, ma su quello sociale, privandolo di diritti, rendendolo cosa, non - persona, facendolo restare nel mondo affinché su tale oggetto si possa poi estendere la mano di chi lo può sfruttare. Ebbene, un'altra parte del diritto dell'immigrazione è senza dubbio orientata all'indebolimento."

117 Che di seguito si riporta: "1. Salvo quanto stabilito dall'art. 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito."

118 L'espressione è utilizzata per definire gli effetti determinatisi sulla situazione dello straniero irregolarmente soggiornante a seguito dell'entrata in vigore del "pacchetto sicurezza" del 2009 da L. Maserà, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit.

2009, siano anche state introdotte delle norme che ampliano i casi in cui lo straniero è obbligato a esibire i documenti per l'accesso a servizi.

Si fa riferimento ad alcune norme già riportate nel cap. I, par. 6, vale a dire l'estensione, al co. 2 dell'art. 6 TU, dell'obbligo di esibizione dei documenti inerenti al soggiorno per tutti i servizi pubblici, con la sola eccezione dell'accesso alle attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 TU e alle prestazioni scolastiche obbligatorie, e la modifica apportata, sempre dalla normativa del 2009, all'art. 116 del codice civile, in cui viene previsto che lo straniero, per potere contrarre matrimonio, debba presentare un "documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano".¹¹⁹

Con riguardo, invece, alle norme che impediscono allo straniero irregolarmente soggiornante anche l'accesso a prestazioni o servizi privati, o che lo escludono da una dimensione di autonomia privata, si fa riferimento alla norma che impone agli agenti in attività finanziaria di conservare copia del titolo di soggiorno dello straniero che ordini l'operazione, pure ricordata nel cap. I, par. 6, e alla fattispecie penale di cessione di immobile allo straniero irregolare, introdotta nel "pacchetto sicurezza" del 2008 e modificata nel "pacchetto sicurezza" del 2009.

In sintesi, può dunque dirsi che, mentre il sistema legislativo attuale conosce e contempla debolissimi strumenti per creare condizioni di legalità "a monte" della condizione dello straniero, specie del cd. migrante economico, conosce e ha affinato negli anni una articolata risposta nei confronti dell'immigrato irregolare.

La risposta è improntata, nel suo complesso, a una logica punitiva, che agisce su più livelli, e che, tuttavia, contempla, e anzi considera fisiologiche ed essenziali, delle consistenti eccezioni, quantomeno all'imperativo dell'effettività del rimpatrio.

Il sistema si articola, in sintesi, in una risposta a mezzo del sistema amministrativo delle espulsioni, e in una risposta penale, oltre che in una serie di norme, pure

119 La norma è stata, peraltro, recentemente dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza della Corte Costituzionale n. 245 del 2011, secondo la quale "È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3, 29 e 117, primo comma, Cost., l'art. 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole <<nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano>>. Tale disposizione, infatti - nello stabilire che lo straniero che vuole contrarre matrimonio nella Repubblica deve presentare all'ufficiale dello stato civile, oltre al nulla osta rilasciato dalla competente autorità del proprio Paese, anche un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano - incide su di un diritto fondamentale quale quello di contrarre matrimonio, derivante dagli artt. 2 e 29 Cost., e rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, tanto più che il d.lgs. n. 286 del 1998 già disciplina alcuni istituti volti a contrastare i cosiddetti "matrimoni di comodo"; oltre a ciò, tale disposizione è lesiva dell'art. 117, primo comma, Cost., perché la libertà matrimoniale è garantita anche dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.". Per un'analisi efficace della pronuncia della C. Cost., e, prima ancora, della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, v. P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione: la Consulta cancella dall'art. 116 c.c. la clausola che ostacolava (anche) i matrimoni autentici*, in *Corr. Giur.*, n. 11, 2011, pagg. 1535 ss. Secondo l'autore, a pag. 1537, la norma in commento sarebbe sintomo, "oltre che della scarsa attenzione del legislatore ai limiti di costituzionalità delle leggi, di una "linea anarchico nazionalista" del nostro legislatore, già da altri rilevata, sempre più spesso sfuggente ai vincoli sovranazionali ed internazionali. Una linea, peraltro, ben poco lineare, dato che i diritti vi figurano come una "variabile dipendente: riconosciuti o negati, a seconda delle opportunità" e non in base a un quadro assiologico preesistente all'opzione normativa da assumere."

contenute nel TU imm., che regolamentano la condizione dell'immigrato regolare e di quello irregolare.

Al sistema amministrativo delle espulsioni e alla dialettica tra gli organi chiamati a decidere e a verificare la legittimità delle decisioni (questure e giudici di pace) è affidata la funzione di selezionare gli immigrati irregolarmente soggiornanti che saranno espulsi e quelli che rimarranno all'interno del territorio nazionale, e, tra questi, quelli che saranno trattenuti all'interno dei CIE e quelli che rimarranno in una condizione di irregolarità, ovvero di "clandestinità".

Alle norme penali incriminatrici e ad altre norme pure contenute nel TU imm. è affidato il compito di regolare, in senso discriminatorio, per l'appunto tendente alla stigmatizzazione e all'indebolimento, in termini di impossibilità di esercizio di diritti fondamentali o di diritti sociali, la condizione dell'immigrato irregolarmente soggiornante.

Per effetto di queste norme, l'immigrato straniero irregolarmente soggiornante, ma non espulso, sulla base di valutazioni altamente discrezionali della pubblica amministrazione, potrà, di fatto, come accade nella maggioranza dei casi, restare nel territorio nazionale, ma lo farà in una condizione in cui gli sono di fatto preclusi e resi inaccessibili alcuni diritti fondamentali e i diritti sociali. Vale dire che rimane all'interno del territorio nazionale, restando, però, al contempo, escluso dalla dimensione pubblica e anche da una parte consistente della sfera di autonomia privata.

Rimarrà, perciò, nel territorio nazionale, in una condizione a "costo zero" per lo Stato e, allo stesso tempo, di ricattabilità, e dunque, di minori costi, anche per il datore di lavoro, che, irregolarmente, dovesse assumerlo alle proprie dipendenze.

Alla fine, lo straniero irregolarmente soggiornante nel territorio nazionale, per il periodo di durata dell'irregolarità, è posto nella triste condizione di subire, solo in ragione dell'irregolarità del suo soggiorno in Italia, l'alternativa tra l'espulsione, il trattenimento in un CIE, ovvero la condizione di illegalità, vale a dire di presenza di fatto "tollerata" all'interno del territorio nazionale, ma radicalmente indebolita sul piano della garanzie sociali e dell'esercizio dei diritti e non sanabile in base a meccanismi stabili che facciano ad esempio dipendere la regolarizzazione da indici di integrazione o di inserimento lavorativo.

Vale a dire che dovrà subire, solo in ragione della sua condizione di irregolarità, l'alternativa tra la neutralizzazione integrale che si realizza tramite la sua espulsione o il suo trattenimento in un CIE e la più sottile neutralizzazione sul piano delle garanzie e dei diritti che si attua, nella clandestinità, attraverso il meccanismo della "terra bruciata".

È un'alternativa mesta, se non drammatica, anche per l'assoluta incertezza e insondabilità dei criteri che saranno seguiti dall'autorità nella scelta dell'una o dell'altra opzione, criteri, che, come si è detto sopra, sono, effettivamente, altamente discrezionali e difficilmente sindacabili dall'esterno.

Nello stesso tempo, l'assoluta incertezza in ordine alla propria sorte alimenta la speranza, anche questa corroborata dal dato "storico" delle sanatorie, che un giorno la condizione di irregolarità potrà trasformarsi nella possibilità di accesso alla legalità ed è a questa speranza che sono legate le ragioni di chi viene in Italia con la prospettiva di trovare un futuro migliore.

Da un sistema improntato, per un verso, all'effettività delle espulsioni e, per l'altro, alla divisione, o netto discrimine, tra immigrati regolari e immigrati irregolari e alla stigmatizzazione e marginalizzazione di questi ultimi, ci si dovrebbe aspettare, corrispondentemente, una bassa presenza di immigrati in tale condizione e una certa rigidità nel passaggio dalla condizione di irregolarità a quella di regolarità e viceversa.

I dati statistici relativi all'immigrazione irregolare ci dicono, al contrario, che così non è, perché, da un lato, la presenza degli stranieri irregolarmente soggiornanti è tradizionalmente molto numerosa, dall'altro esiste una certa fluidità nel passaggio dall'una condizione all'altra, ma non in modo bidirezionale, nel senso che, se, da un lato, esistono stabili istituti che impongono il passaggio dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità, ipotesi che si verifica nel caso di mancato rinnovo del permesso di soggiorno, non esistono stabili meccanismi che regolamentano il passaggio inverso, e l'acquisto della condizione di regolarità si realizza, in modo anche molto massiccio, partendo dalla condizione di irregolarità solo attraverso il meccanismo dei provvedimenti, una tantum, di sanatoria.

Quanto al numero delle presenze di migranti irregolari in Italia, occorre sottolineare che il relativo dato è molto incerto, basandosi su un elemento di fatto per sua natura fluido e necessariamente difficilmente verificabile, dal momento che ad esso è collegata una condizione di radicale illegalità.¹²⁰

Si può tuttavia dire con sicurezza che l'elevato numero dei migranti irregolarmente soggiornanti è una costante nel tempo, pure avendo avuto un andamento altalenante, su cui hanno inciso, in modo sostanziale, solo le periodiche sanatorie che si sono avute negli anni, ad opera di tutti i governi.

Una così considerevole presenza di immigrati stranieri irregolari in Italia è riconducibile a diversi fattori.

Innanzitutto, gli strumenti legislativi che assicurano già a monte che la presenza degli immigrati in Italia sia regolare sono molto farraginosi e di certo non corrispondenti al fenomeno reale.

Come si è già visto, infatti, la disciplina degli ingressi è stata basata sulla regola, chiaramente inadeguata a gestire in modo realistico il flusso dei migranti economici, della subordinazione dell'autorizzazione all'ingresso dello straniero all'incontro, a livello planetario, tra domanda e offerta di lavoro, secondo un sistema introdotto dalla legge Turco - Napolitano e poi reso ancora più stringente dalla legge Bossi - Fini.¹²¹

120 Per provare a dare un'idea numerica, risultante dagli ultimi rilevamenti statistici, si può citare il XV e XVI rapporto sulle migrazione della fondazione ISMU, riferito agli anni 2009 e 2010, scaricato dal sito, secondo cui all'1.1.2009, erano presenti sul territorio circa 3,9 milioni di stranieri residenti, cui se ne aggiungevano poco più di 500mila in possesso di un valido titolo di soggiorno ma non iscritti (o non ancora iscritti) in anagrafe e circa 420mila irregolarmente presenti, mentre, all'1.1.2010, il numero degli stranieri irregolarmente soggiornanti aveva raggiunto le 544 mila unità. Si tratta di un numero di irregolari tra i più alti in Europa, come dimostra lo studio di F. Fasani *quanti sono gli immigrati irregolari in Europa?*, in www.neodemos.it, secondo il quale all'1.1.2009, quando cioè il dato era considerevolmente inferiore rispetto al 2010, i cinque Paesi con la presenza più rilevante di irregolari erano Grecia e Portogallo (21%), Regno Unito (17%), Olanda (14%) e Italia (13%). Agli ultimi posti troviamo invece Danimarca e Svezia (2%), Germania (6%), Austria (7%) e Spagna (8%).

121 Sul punto v. A. Caputo, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, cit.

Che la normativa sugli ingressi abbia prodotto irregolarità è stato significativamente riconosciuto anche dalla politica.¹²²

In secondo luogo, accanto a ciò, la legge non prevede meccanismi di regolarizzazione individuale e permanente degli ingressi e dei soggiorni irregolari, fondati sulla verifica, ad esempio, della sussistenza di indici di integrazione.

Se per un verso, dunque, né a monte né in costanza della permanenza irregolare esistono dei seri e stabili istituti che creino regolarità, all'inverso è molto facile che accada che lo straniero regolarmente soggiornante diventi irregolare, per effetto, ad esempio, del mancato rinnovo del permesso di soggiorno che può aversi quando lo straniero perda il posto di lavoro ed anzi degli stranieri irregolarmente soggiornanti, la maggior parte è costituita proprio da persone che hanno con il passare del tempo, per diverse cause, perduto i requisiti di regolarità del soggiorno.

Una disciplina di questo genere, lungi dal riuscire a gestire e governare il fenomeno dell'immigrazione, è in realtà una disciplina che produce irregolarità creando le condizioni e spingendo verso la condizione di illegalità.

Non può poi sostenersi, sulla base dei dati raccolti, che sulla presenza irregolare si sia profondamente inciso con il sistema delle espulsioni.

Al contrario, come emerge dal XX dossier sull'immigrazione, Caritas/Migrantes, il rapporto tra persone irregolarmente soggiornanti intercettate e persone rimpatriate è addirittura andato diminuendo nel corso degli anni (dal 57% nel 2004 al 35% nel 2009).

Quanto al dato relativo al 2010, quale emerge dal XXI rapporto sull'immigrazione, Caritas/Migrantes, è pur vero che il tasso di efficacia dei provvedimenti di allontanamento è aumentato rispetto all'anno precedente, dal momento che ha raggiunto il 40% rispetto al 35% del 2009, (20.287 immigrati effettivamente rimpatriati, di cui 4.201 respinti alla frontiera e 16.086, a fronte di 50.717 persone rintracciate in condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno), ma se si guarda al numero dei soli espulsi (con esclusione, dunque, dei respinti), si tratta di un numero inferiore, ad esempio, a quello del 2008, in cui gli espulsi erano stati 17.880, e molto inferiore quello degli anni dal 2001 al 2006, in cui gli espulsi erano stati circa 30 mila in media, e solo di poco superiore a quello del 2007, il che sta a dimostrare, a parere di chi scrive, che il numero delle espulsioni effettivamente eseguite dipende non tanto dagli strumenti legislativi, ma piuttosto dalle effettive politiche di regolazione dei flussi e dall'organizzazione appontata per eseguire i rimpatri.

Si tratta, inoltre, di un numero comunque molto inferiore rispetto al totale delle persone rintracciate e assolutamente risibile rispetto alle stime di 544 mila unità di irregolari soggiornanti nel territorio nazionale all'1.1.2010.

Per altro verso, pure in assenza di stabili meccanismi che consentano di passare dalla condizione di irregolarità a quella di regolarità, il dato storico relativo alle sanatorie mostra che il passaggio è sempre avvenuto ed è stato funzionale ad assorbire di volta in volta il consistente numero di immigrati irregolari presenti nel

122 Sul punto v. le *Note per la riforma del testo unico dell'immigrazione* presentate alla commissione Affari costituzionale del Senato il 27 settembre 2006, in cui il Ministro dell'Interno, Amato, rilevava che "il contratto di soggiorno si è tradotto – come testimoniano le file alle Poste – in periodiche regolarizzazioni e ha finito per favorire quell'immigrazione illegale che si proponeva di contrastare".

territorio nazionale e evidentemente funzionali e anzi essenziali ad interi settori del mercato del lavoro.

Ciò ha prodotto l'effetto che la condizione di irregolarità è un passaggio non basato su stabili meccanismi, ma allo stesso tempo, quasi normale ed obbligato per accedere alla condizione della regolarità, tanto che, degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, si calcola che due su tre siano ad essa passati dalla condizione di irregolarità.¹²³

Si tratta, perciò, di un sistema che, pure stigmatizzando l'irregolarità, non solo non l'ha efficacemente contrastata, ma, anzi, per un verso, l'ha favorita, per altro l'ha considerata, di fatto, un passaggio quasi necessario per accedere alla condizione di legalità, attraverso le sanatorie.

Di fronte a così consistenti contraddizioni è lecito chiedersi se si tratti di un sistema che semplicemente fallisce, vale a dire di un sistema che non vuole l'immigrazione straniera, e perciò crea canali di ingresso regolari molto ristretti, la contrasta alle frontiere, non predispone stabili meccanismi di passaggio dalla condizioni di irregolarità a quella di regolarità, predispone all'inverso il passaggio dalla seconda alla prima in caso di perdita dei requisiti per il soggiorno regolare, e poi contrasta in tutti i modi, con le espulsioni, la presenza irregolare, salvo riconoscere, periodicamente, con le sanatorie, il fallimento delle proprie politiche e allo stesso tempo, il proprio bisogno di lavoratori stranieri; oppure se si tratti di un sistema che favorisce l'irregolarità proprio perché è di questo che ha bisogno, proclamando, solo formalmente, di contrastarla.

123 Sul punto v. M. Ambrosini, *Gli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, in Caritas/Migrantes, *Immigrazione. Dossier statistico. XVI rapporto*, Idos, Roma 2006, pag. 246. Per una stima ancora più aggiornata degli effetti in termini numerici della regolarizzazioni, v. *Immigrazione. Dossier statistico. XX rapporto*, Idos, Roma 2010, in cui si legge, a pag. 116, a proposito delle sanatorie e regolarizzazioni: "È noto che la crescita della popolazione straniera in Italia si sia realizzata in gran parte proprio grazie a questi provvedimenti, che hanno progressivamente portato alla luce persone già presenti e inserite ma nascoste nelle sfere nebulose del sommerso dalle previsioni normative. Secondo l'Istat, nel corso degli anni '90, oltre il 60% dell'incremento della presenza straniera regolare è legato a provvedimenti di sanatoria e regolarizzazione, mentre sono oltre 600 mila i regolarizzati del 2002". A questi si aggiungono i circa 300 mila regolarizzati nel 2009.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., Immigrazione. Dossier statistico. XX rapporto, Idos, Roma, 2010
- AA.VV., Immigrazione. Dossier statistico. XXI rapporto, Idos, Roma, 2011
- AMBROSINI M., Gli immigrati nel mercato del lavoro italiano, in Caritas/Migrantes, Immigrazione. Dossier statistico. XVI rapporto, Idos, Roma, 2006
- AMBROSINI M., Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia. Come e perché, Il Saggiatore, Milano, 2010
- BARBERINI R. e CASUCCI M., La corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri, in Cass. pen., n. 5, 2011 p. 1624 ss.
- BARTOLI R., Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?, in Quest. giust., n. 2, 2011, p. 17 ss.
- BASSO P., a cura di, Razzismo di Stato, Franco Angeli, Milano, 2010
- BASCHERINI G., Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee, Jovene, Napoli, 2007
- BONETTI P., La proroga del trattenimento e i reati di ingresso e permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, n. 4, 2009, p. 85 ss.
- BOVERO M. e PAZÈ V., a cura di, La democrazia in nove lezioni, Laterza, Roma – Bari, 2010
- CAPUTO A., diritto e procedura penale dell'immigrazione, Giappichelli, Torino, 2006
- CAPUTO A., Verso un diritto penale del nemico?, in Quest. giust., n. 4, 2006, p. 625 ss.
- CAPUTO A., Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti, in Studi sulla questione criminale, 2007, p. 45 ss.
- CAPUTO A., I migranti e lo sguardo dei giuristi, in Quest. giust., n. 3-4, 2011, p. 272 ss.
- CENTONZE S., a cura di, Diritto penale dell'immigrazione, Aspetti sostanziali e processuali, Giappichelli, Torino, 2010
- DAL LAGO A., a cura di, Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea, Costa & Nolan, Genova, 1998
- DAL LAGO A., Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale, 2^a ed., Feltrinelli, Milano, 1999
- DE DONNO A., La circostanza aggravante della clandestinità, in S. Centonze, a cura di, Diritto penale dell'immigrazione, Aspetti sostanziali e processuali, Giappichelli, Torino, 2010, p. 105 – 129.
- DI LUZIO G., Brutti, sporchi e cattivi, Roma, Ediesse, 2011
- DONINI M., Il diritto penale di fronte al «nemico», in Cass. pen., 2006, p. 735 ss.

DONINI M., Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione, in *Quest. giust.*, n. 1, 2009, p.101 ss.

DONINI M. – PAPA M., a cura di, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007

EINAUDI L., *le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Laterza, Bari, 2007

EPITENDIO T., Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati idi cui all'art. 14 co. 5 ter e quater d.lgs. 286/1998, in www.penalecontemporaneo.it

FASANI F. Quanti sono gli immigrati irregolari in Europa?, in www.neodemos.it

FAVILLI C., La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini dei Paesi Terzi, in www.osservatoriosullefonti.it

FERRAJOLI L., Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale, in *Quest. giust.*, n.4, 2006, p. 797 ss.

FERRAJOLI L., *Democrazia e paura*, in M. Bovero e V. Pazè, a cura di, *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma – Bari, 2010, p. 115 – 135

FERRERO G., *Contro il reato di immigrazione clandestina, un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Ediesse, Roma, 2009

FERRERO M., Il “pacchetto sicurezza”: dall'integrazione subalterna degli immigrati alla loro criminalizzazione”, in P. Basso, a cura di, *Razzismo di stato*, Franco Angeli, Milano, 2010

FIANDACA G., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *il Foro Italiano*, V, 2011, p. 1 ss.

FOCARDI F., *Direttiva rimpatri e art. 14 T.U. immigrazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

FORLENZA O., *Dai rimpatri alla libera circolazione negli Stati il legislatore si mette in regola con le direttive UE*, in *Guida al Diritto*, n. 28 del 2011, p. 44 – 47

GAMBERINI A. – ORLANDI R., a cura di, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi Editore, 2007

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, trad. it. di F. Resta, in M. Donini e M. Papa, cura di, *Diritto penale del nemico, un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5 ss.

MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.* n. 2 del 2011, p. 446 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1992

MASERA L., “Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. Mazza e F. Viganò (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 30 ss.

MASERA L., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1373 ss.

MAZZA O. e VIGANÒ F. (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Giappichelli, Torino, 2009

MOROZZO DELLA ROCCA P. e COGNITI P., *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2005

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Immigrazione: la Consulta cancella dall'art. 116 c.c. la clausola che ostacolava (anche) i matrimoni autentici*, in *Corr. Giur.*, n. 11, 2011, p. 1535 ss.

ONIDA V., *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il sole 24 ore*, 19 maggio 2009

PAGLIARO A., "Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, n. 6, 2010, p. 2460 ss.

PASTORE F., *Migrazioni internazionale e ordinamento giuridico*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. XIV, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di VIOLANTE, Einaudi, Torino, 1998, p. 1031 ss.

PELISSERO M., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, n. 4, 2007, p. 684 ss.

PEPINO L., *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 844 ss.

PIERGIGLI V., *La legge campana sulla integrazione sociale degli stranieri supera il vaglio della Corte Costituzionale*, in *Gli Stranieri*, 2011, 1, p. 77 ss.

TORIELLO M., *Il reato di clandestinità*, in S. Centonze, a cura di, *Diritto penale dell'immigrazione, Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 69 – 104

VARRASO G., *Il nuovo rito a "presentazione immediata" dello straniero clandestino*, in O. Mazza e F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 30, p. 83 – 128

VRENNNA M., *La sentenza della corte costituzionale n. 269/2010 sulla legge regionale toscana dell'immigrazione: prime considerazioni* in *Gli Stranieri*, 2010, 10, p. 37 ss.

INDICE

PREMESSA	3
CAPITOLO I	
Evoluzione della disciplina dell'irregolarità dell'ingresso e del soggiorno dello straniero in Italia	
Introduzione	11
1. Il sistema antecedente alla legge Turco-Napolitano tra vuoti legislativi, procedure non formalizzate e sviluppi delle politiche legislative in tema di immigrazione	15
2. Un tentativo di disegno organico della disciplina dell'immigrazione in Italia: la legge Turco-Napolitano	18
3. Le fattispecie penali collegate alla condizione di irregolarità e le modifiche al procedimento di espulsione: la legge Bossi-Fini e la l. n. 271 del 2004	21
4. Il "pacchetto sicurezza" del 2008 e l'aggravante cd. di "immigrazione clandestina"	26
5. La politica di rimpatrio dell'Unione Europea: la direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri)	28
6. Il "pacchetto sicurezza" del 2009 e il reato cd. di "immigrazione clandestina". La regolarizzazione del 2009	32
7. L'aggravante cd. di "immigrazione clandestina" e il reato cd. di "immigrazione clandestina" al vaglio della Corte Costituzionale	42
8. La mancata attuazione legislativa della cd. direttiva rimpatri e l'emanazione della circolare del ministero dell'interno n. 8802 del 17.12.2010. Le questioni sorte per effetto del mancato recepimento della direttiva	46
9. La pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 28.4.2011: il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore non è conforme alla disciplina della cd. direttiva rimpatri	54
10. Il decreto legge n. 89 del 2011 del giugno del 2011, convertito in legge con legge n. 129 del 2.8.2011. Una normativa dettata con la finalità di adeguare la disciplina interna alla cd. direttiva rimpatri	60
10.1. La sentenza di condanna all'espulsione, quale sanzione sostitutiva per i reati di cui agli artt. 10 bis e 14, co. 5 ter e quater, TU imm	70
CAPITOLO II	
Verifica della congruenza della normativa vigente con i principi costituzionali e con la cd. direttiva rimpatri	

Introduzione	75
1. I criteri che deve adottare l'interprete per risolvere il contrasto tra la normativa comunitaria derivata e le norme interne	76
2. Incongruenze tra il d.l. n. 89 del 2011 e il modello di procedimento di rimpatrio disegnato dalla cd. direttiva rimpatri	79
2.1. Incongruenze del d.l. n. 89 del 2011 rispetto al principio comunitario della preferenza per il rimpatrio volontario	79
2.2. Incongruenze del d.l. n. 89 del 2011 rispetto ai principi comunitari in tema di trattenimento nei CIE	90
2.3. Le misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2, e dell'art. 14, co. 1 bis, TU imm., in rapporto alla cd. direttiva rimpatri	100
2.4. Sintesi dei risultati interpretativi	107
3. Analisi della costituzionalità e conformità alla cd. direttiva rimpatri delle nuove fattispecie di reato dell'art. 14, co. 5 ter e quater, TU imm	108
4. Analisi della costituzionalità e conformità alla cd. direttiva rimpatri della previsione fattispecie di reato dell'art. 10 bis TU imm	121
5. Il ruolo del giudice di pace nel procedimento amministrativo di rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante e nella cognizione delle fattispecie di reato collegate alla condizione di irregolarità	124
CAPITOLO III	
Conclusioni: lo statuto giuridico dell'immigrato irregolare	140
BIBLIOGRAFIA	161