

I reati in materia di immigrazione dopo la legge n. 94 del 2009

Teodoro Catananti

Dottorando di ricerca in diritto penale, Sapienza Università di Roma

1. Premessa. **2.** La falsità concernente i titoli di ingresso o di soggiorno (art. 5, comma 8-bis, TUIM). **3.** La trasgressione all'ordine di esibizione del documento di identificazione e del permesso di soggiorno (art. 6, comma 3, TUIM). **4.** L'ingresso ed il soggiorno illegale nel territorio dello stato (art. 10-bis, TUIM). **5.** La circostanza aggravante di clandestinità (art. 61, n. 11-bis, c.p.). **6.** Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12, TUIM). **7.** La violazione del divieto di reingresso (art. 13, commi 13 e 13-bis, TUIM). **8.** L'illegale permanenza nel territorio dello Stato (art. 14, commi 5-ter e 5-quater, TUIM). **9.** L'assunzione del lavoratore straniero privo del permesso di soggiorno (art. 22, comma 12, TUIM). **10.** Espulsione dello straniero e processo penale (art. 13, commi 3, 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies, TUIM).

1. Premessa

Nella complessa ed articolata evoluzione normativa concernente la condizione dello straniero ed il più generale fenomeno dell'immigrazione (R.D. 18 giugno 1931 n. 773, Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza; legge 30 dicembre 1986 n. 943, Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine; legge 21 febbraio 1990 n.39, c.d. legge Martelli; d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, che riunisce e coordina le disposizioni contenute nella legge 6 marzo 1998 n. 40, c.d. legge Turco-Napolitano; legge 30 luglio 2002 n. 189, c. d. legge Bossi- Fini e successive modifiche apportate dalla legge 12 novembre 2004 n. 271; legge 24 luglio 2008 n. 125 e legge 15 luglio 2009 n. 94, c.d. pacchetto sicurezza) un dato certo e difficilmente contestabile è quello del sempre maggiore utilizzo dello strumento penale al fine di prevenire e sanzionare le condotte attinenti l'ingresso e la permanenza irregolari dello straniero nel territorio italiano.

Ma quali sono le condotte che rientrano sotto il fuoco della lente del legislatore penale?

La risposta a tale domanda permette di evidenziare una prima e fondamentale linea guida dell'intervento legislativo in questa materia, data dalla progressiva estensione dell'area di rilevanza penale e che raggiunge il suo culmine con l'ultimo innesto normativo con cui, per la prima volta nel nostro ordinamento, vengono sanzionati l'ingresso e il soggiorno irregolari dello straniero nel territorio dello Stato (legge 15 luglio 2009 n. 94, c.d. pacchetto sicurezza).

In base alla vigente disciplina meritevoli della sanzione penale non sono più soltanto coloro che con diverse modalità di azione agevolino o favoriscano l'ingresso o la permanenza dello straniero in violazione delle disposizioni del Testo Unico (in tal senso la così detta condotta di favoreggiamento all'ingresso e alla permanenza irregolari

di cui all'art. 12 del TUIM; quella relative alla falsità in titolo di soggiorno di cui all'art. 5, comma 8-*bis*, TUIM; la condotta di assunzione del lavoratore straniero privo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 22, comma 12, TUIM) o gli stessi stranieri che vengono meno ad un determinato ordine dell'autorità amministrativa (così la mancata esibizione del documento di identificazione e del permesso di soggiorno di cui all'art. 6, comma 3, TUIM; la violazione del divieto di reingresso quando sia stato adottato un provvedimento di espulsione amministrativo o giudiziario *ex art.* 13, commi 13 e 13-*bis*, TUIM; l'illegale permanenza nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di abbandonare il territorio italiano adottato dal questore ai sensi dell'art. 14, commi 5-*ter* e *quater* TUIM) ma gli stranieri irregolari in quanto tali (in questo senso la fattispecie incriminatrice di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato *ex art.* 10-*bis* TUIM, introdotta dalla legge 15 luglio 2009 n. 94 e la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. applicabile a chi ha commesso il fatto trovandosi illegalmente sul territorio nazionale, prevista dalla legge 24 luglio 2008 n. 125) (P.Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir.pen. e proc.*, 1S, p. 5 e ss.).

Una seconda peculiarità degna di nota dell'intervento penale nella materia dell'immigrazione è, senza dubbio, il suo essere ancillare e strumentale rispetto sia all'intero complesso delle disposizioni normative, volte a garantire la legalità dell'ingresso e del soggiorno dello straniero, che rispetto agli interventi dell'autorità amministrativa finalizzati a realizzare, con gli strumenti suoi propri, l'allontanamento dello straniero irregolare. Tale dato emerge limpidamente dalla tecnica di redazione normativa delle fattispecie incriminatrici disseminate nel TUIM, in cui il disvalore della condotta si incentra, principalmente, nella violazione stessa del dettato normativo o nel mancato adempimento all'ordine dell'autorità amministrativa (così il non ottemperare all'ordine di esibizione del documento di identificazione e del permesso di soggiorno *ex art.* 6, comma 3, TUIM; il favorire l'ingresso o la permanenza dello straniero in violazioni delle disposizioni del TUIM ai sensi dell'art. 12 TUIM; la trasgressione al divieto di reingresso nel territorio italiano a seguito di espulsione amministrativa o giudiziaria di cui all'art. 13, commi 13 e 13-*bis*, TUIM; il permanere illegalmente nel territorio italiano in violazione dell'ordine del questore ai sensi dell'art. 14, comma 5-*ter*, TUIM).

Con l'ingresso nel nostro ordinamento dell'art. 10-*bis* del TUIM e dell'art. 61, n.11-*bis*, c.p., si assiste, peraltro, al riguardo ad un fenomeno di vera e propria sovrapposizione tra illecito amministrativo ed illecito penale: l'ingresso ed il trattenersi in maniera irregolare sul territorio dello Stato determinerà infatti sia l'*iter* procedimentale amministrativo diretto all'allontanamento dello straniero che quello penale volto all'irrogazione della pena prevista. La dichiarata strumentalità dello strumento penale rispetto alla disciplina legislativa ed amministrativa in materia di immigrazione assume le forme di un rapporto di vera e propria subordinazione allorché l'espulsione debba essere eseguita nei confronti di uno straniero sottoposto a procedimento penale (art. 13, comma 3 e seguenti, TUIM; sulla disciplina si rinvia al paragrafo n. 10): in questo caso il legislatore ha ritenuto prevalente l'interesse all'immediato allontanamento dello straniero irregolare su quello relativo all'esercizio

della potestà punitiva dello Stato (senza contare la quasi totale obliterazione del diritto alla difesa dello straniero, salvo il restrittivo disposto di cui all'art. 17 TUIM). Sotto tale profilo, poi, si può evidenziare la stretta analogia intercorrente tra l'espulsione come sanzione amministrativa adottata dall'autorità amministrativa e l'espulsione a titolo di misura di sicurezza e di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione irrogata dal giudice penale ai sensi degli articoli 15 e 16 del TUIM: di tutta evidenza come la finalità ultima del legislatore, sia attraverso lo strumento della sanzione amministrativa che di quella penale, sia quella di garantire l'allontanamento dello straniero irregolare dallo Stato italiano (M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, p. 127 e ss.).

Un terzo attributo ricavabile dalla disciplina penalistica in materia di immigrazione è, infine, quello della specialità. In particolare ciò emerge da due disposizioni presenti nel TUIM: l'art. 5, comma 8-*bis*, e l'art. 6, comma 3. La prima punisce, infatti, più severamente la falsità materiale commessa da privati allorché essa abbia ad oggetto i documenti legittimanti il soggiorno rispetto all'ipotesi comune prevista dall'art. 482 c.p., senza contare la previsione della legge n. 94 del 2009 che individua una nuova fattispecie delittuosa consistente nell'utilizzazione di un visto di ingresso, di un permesso di soggiorno o di contratto o carta di soggiorno contraffatto o alterato. Sebbene la precedente versione dell'art. 5, comma 8-*bis*, TUIM, non prendesse in considerazione la condotta dell'utilizzatore essa veniva ricondotta nell'alveo della disciplina generale di cui all'art. 489 c.p., che determinava l'applicazione della pena prevista per il falsificatore con la riduzione di un terzo. In base all'attuale disciplina, invece, la condotta dell'utilizzazione del documento di soggiorno falso (propria dello straniero irregolare) subisce la medesima sanzione di quella del falsificatore, con evidente disparità di trattamento rispetto agli altri utilizzatori di documenti falsi. La seconda disposizione prevede, peraltro, un trattamento sanzionatorio della condotta dello straniero di mancato ottemperamento all'ordine di esibizione del documento di identificazione e del permesso di soggiorno ben più gravoso rispetto a quello previsto dall'art. 651 c.p. che sanziona condotte analoghe (ma non commesse dallo straniero) (P.Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir.pen. e proc.*, 1S, p. 5 e ss.). Già da queste prime battute risulta allora evidente come lo statuto penale dello straniero irregolare ponga all'interprete il difficile compito di valutarne la piena e completa compatibilità con i principi costituzionali generali regolatori del sistema penale.

In primo luogo la chiara e precisa scelta del legislatore di estendere l'area della rilevanza penale alla clandestinità in quanto tale (art. 10-*bis* TUIM e art. 61, n. 11-*bis* c.p.) pone la questione della possibile frizione innanzi tutto con i principi di cui all'art. 3 e 25, comma 2, della Costituzione laddove il disvalore su cui si fonda la pena sembrerebbe essere incentrato più che sulla condotta materiale tenuta dal soggetto sulla sua condizione personale, caratterizzata dal mancato possesso di un titolo abilitativo all'ingresso e alla permanenza nel territorio dello Stato.

In secondo luogo l'adozione di un modello penale, tutto rivolto a garantire forza ed effettività alla seppure fondamentale funzione della politica dei flussi migratori, rischia di svilire la portata del fondamentale principio di offensività, che, sebbene non

espresso a chiare lettere nel dettato costituzionale, ivi trova pacificamente il suo fondamento. Come evidenziato dalla migliore dottrina la nozione di bene giuridico non può sovrapporsi ma va concettualmente separata da quella della *ratio* di tutela: e, così, nella materia dell'immigrazione se la *ratio* di tutela è chiaramente ravvisabile nella corretta gestione e controllo dei flussi migratori, per quanto attiene al bene giuridico tutelato, esso sfugge ad una esatta e delimitata definizione a meno di non volersi richiamare ad un generico quanto fantomatico ordine pubblico o sicurezza pubblica. Potrebbe cioè argomentarsi, così come è stato fatto da ampia parte della dottrina nella materia dei così detti reati-funzione, che la politica dei flussi migratori (indiscutibile finalità che il legislatore vuole perseguire attraverso le incriminazioni nel settore dell'immigrazione) rappresenti a ben vedere un bene giuridico intermedio essendo l'ordine e la sicurezza pubblica i beni giuridici finali realmente oggetto di tutela. A noi sembra che tale ragionamento si fondi però su un assunto tutto da provare: che cioè l'ingresso e la permanenza nei confini nazionali di stranieri irregolari determini un'offesa (anche solo sotto il profilo del pericolo) alla sicurezza e all'ordine pubblico (e non soltanto alla percezione del senso di sicurezza che la collettività può nutrire). Dunque vi è il concreto rischio che, in materia di immigrazione, si vada a punire l'inosservanza di norme organizzative più che la realizzazione di fatti socialmente dannosi con la conseguenza di trasformare l'illecito penale in un illecito di mera trasgressione (F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 350 e ss.; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2, 2005, p. 343 e ss.).

Da ultimo l'attributo di specialità, che spesso assume l'intervento penale in questa materia (come si è visto per le fattispecie di cui agli artt. 5, comma 8-*bis*, e 6, comma 3, TUIM), non può non porre l'interprete nel dubbio di quale sia la *ratio* sottesa ad un differente trattamento sanzionatorio a seconda che un medesimo fatto sia o meno realizzato da uno straniero irregolare e la sua compatibilità con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione (M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, p. 127 e ss.).

2. La falsità concernente i titoli di ingresso o di soggiorno (art. 5, comma 8-*bis*, TUIM)

L'art. 5 del TUIM disciplina i presupposti e le modalità di rilascio del permesso di soggiorno prevedendo al comma 8-*bis* (inserito dalla legge 30 luglio 2002 n 189, c.d. legge Bossi-Fini), al fine di garantire la genuinità del titolo di soggiorno, la pena della reclusione da uno a sei anni per "chiunque contraffà o altera un visto di ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno, ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno, oppure utilizza uno di tali documenti contraffatti

o alterati”. La reclusione è da tre a dieci anni “se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso” mentre la pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale.

Il dettato normativo prevede, pertanto, tre distinte fattispecie incriminatrici: 1) quella che si esplica nell’alterazione o contraffazione del titolo di soggiorno e che rappresenta una ipotesi speciale di falsità materiale commessa dal privato in atti pubblici di cui agli articoli 482 e 476 del c.p. 2) quella che si incentra sulla alterazione o contraffazione di documenti diversi dai titoli di soggiorno ma con il dolo specifico di ottenere il rilascio di questi ultimi, con la duplice conseguenza di anticipare la soglia della punibilità a prescindere dal rilascio del titolo abilitante al soggiorno e di sanzionare anche condotte di falsità materiale in scrittura privata. 3) la terza ed ultima ipotesi, introdotta *ex novo* dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, consistente nella fruizione del documento di soggiorno falsificato o alterato (sulla specialità di tale disposizione rispetto a quella generale di cui all’art. 489 c.p. e sul possibile effetto discriminatorio del diverso trattamento sanzionatorio fondato sulla nazionalità si rinvia al paragrafo n. 1) (M. Gambardella, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in *Giur.mer.*, 2004, p. 83 e ss.).

3. La trasgressione all’ordine di esibizione del documento di identificazione e del permesso di soggiorno (art. 6, comma 3, TUIM).

L’art. 6 del TUIM, concernente le facoltà e gli obblighi inerenti al soggiorno, prevede la contravvenzione, punita con l’arresto fino ad un anno e con l’ammenda fino ad euro 2.000 (trattamento sanzionatorio reso più gravoso a seguito della novella del 2009), dello “straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all’ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato”.

La legge 15 luglio 2009 n. 94, oltre ad incidere sulla misura della pena, ha modificato la disposizione nella parte in cui essa prevedeva la possibilità per lo straniero di adempiere all’ordine di esibizione alternativamente attraverso l’ostensione del passaporto o di altro documento di identificazione oppure del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato. Pertanto l’attuale dettato normativo incide, in maniera significativa, sull’obbligo di esibizione dello straniero imponendogli una condotta attiva avente ad oggetto l’esibizione di due diverse tipologie di documenti (quello di identificazione e quello attestante il regolare soggiorno nello Stato), con la conseguenza che la mancata ostensione anche di uno solo di essi determinerà l’irrogazione della sanzione penale prevista a differenza di quanto avveniva in passato.

La contravvenzione in esame, che in quanto tale è punibile anche a titolo di colpa, è strutturata come un reato proprio a base omissiva, potendo essere commesso soltanto dallo straniero, e rappresenta una ipotesi speciale rispetto al reato di cui all’art. 651 c.p. (Rifiuto d’indicazioni sulla propria identità personale) ed al reato di cui agli

articoli 221 TUPS e 294 del regolamento relativo che sanziona la mancata esibizione ad ogni richiesta degli agenti di pubblica sicurezza della carta di identità o di un titolo equipollente.

Secondo l'opinione maggioritaria in giurisprudenza ed in dottrina il mancato ottemperamento all'ordine di esibizione ha come presupposto implicito la legittimità dell'ordine stesso, con la conseguenza che rientra a pieno titolo nei poteri del giudice penale sindacare la legittimità dell'ordine e, in caso di esito negativo del giudizio, disapplicare il provvedimento con conseguente proscioglimento dell'imputato (P.Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir.pen. e proc.*, 1S, p. 5 e ss.).

Un punto, invece, sul quale la giurisprudenza ha evidenziato interpretazioni contrastanti, fino all'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite (sentenza 27 novembre 2003 n. 45801), è stato quello relativo al valore da assegnare al termine "straniero". Secondo una opinione minoritaria la contravvenzione avrebbe trovato applicazione limitatamente allo straniero regolare sul duplice argomento della collocazione del reato nell'ambito dell'art. 6, TUIM, riguardante le facoltà e gli obblighi inerenti al soggiorno (da cui desumere la volontà del legislatore di sanzionare il fatto solo se commesso dagli stranieri soggiornanti in Italia) e soprattutto in base alla considerazione che attraverso l'applicazione della sanzione penale anche allo straniero irregolare si sarebbe venuti a sanzionare, in maniera surrettizia, l'ingresso clandestino in Italia (non oggetto di disvalore penale fino alla novella del 2009).

Secondo la ricostruzione maggioritaria, fatta propria dalle Sezioni Unite, ricostruita la *ratio* della norma nell'interesse dello Stato alla identificazione di tutti i soggetti stranieri presenti nel territorio, prescindendo dalla regolarità o meno dell'ingresso, soggetto attivo del reato sarebbe potuto essere indifferentemente sia lo straniero regolare, che avrebbe potuto esibire tutte le categorie di atti indicati alternativamente dalla norma, che lo straniero irregolare, il quale, al contrario, avrebbe potuto esibire soltanto il passaporto o il documento di identità equipollente, essendo, proprio in quanto clandestino, in mancanza del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato (F. Palazzo, *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal Testo Unico sull'immigrazione*, in *Quest.giust.*, 2004, n.4, p. 783 e ss.).

A tal riguardo, però, a noi sembra che a seguito dell'intervento modificativo della presente disposizione ad opera del legislatore nel 2009 tale interpretazione possa perdere la sua validità. Essa, infatti, potrebbe portare al risultato paradossale della punibilità dello straniero irregolare il quale, richiesto dall'autorità competente, si limiti ad esibire il documento di identificazione ma non quello che attesti il regolare soggiorno e di cui non può essere in possesso in quanto clandestino. Differentemente, infatti, vi sarebbe il rischio di sanzionare lo straniero per non aver tenuto una condotta positiva del tutto inesigibile nei suoi confronti senza contare il rischio di far diventare la fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, TUIM la vera ed indiscussa disposizione volta a sanzionare l'ingresso ed il soggiorno irregolari nel territorio dello Stato, rendendo quanto meno di residuale applicazione la norma di cui all'art. 10-*bis* TUIM.

Si potrebbe ritenere, pertanto, che a seguito dell'intervento riformatore, la nozione di straniero debba essere circoscritta a quella di straniero regolare, l'unico soggetto in grado di adempiere all'ordine di esibizione così come oggi configurato dall'art. 6, comma 3, TUIM. Tale fattispecie, quindi, potrebbe in tal senso vedere stravolta la sua originaria finalità: non più quella della mera identificazione degli stranieri presenti nel territorio dello Stato ma quella del controllo della regolarità degli ingressi e dei soggiorni (di diverso avviso però la maggioritaria dottrina secondo la quale l'art. 6, comma 3, TUIM, così come modificato dalla novella del 2009, continuerebbe a trovare applicazione nei confronti degli stranieri irregolari con la conseguenza che si tratterebbe di una fattispecie di reato più grave rispetto a quella di cui all'art. 10-bis TUIM la cui applicazione dovrebbe quindi essere esclusa per l'esistenza della clausola di sussidiarietà di cui all'ultima citata disposizione; in tal senso tra gli altri P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionale e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. e citt.*, XI, 4-2009, p. 85 e ss.).

Per quanto, invece, attiene all'elemento normativo del giustificato motivo esso, secondo una certa dottrina, introducendo una ulteriore e necessaria qualificazione di illiceità del fatto dovrebbe essere ricompreso nell'ambito della categoria degli elementi di delimitazione del fatto tipico stesso, dovendosi ricomprendere in esso tutte quelle situazioni di concreta inesigibilità della condotta (M. Gambardella, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 83 e ss.)

4. *L'ingresso ed il soggiorno illegale nel territorio dello stato (art. 10-bis, TUIM).*

Introdotta dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009 n. 94 la nuova fattispecie di cui all'art. 10-bis TUIM sanziona con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro (escludendo però l'oblazione) e salvo che il fatto costituisca più grave reato (clausola di sussidiarietà che esclude l'applicazione della contravvenzione qualora siano configurabili più gravi fattispecie di reato) "lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007 n.68" (disposizione quest'ultima concernente l'ingresso ed i soggiorni brevi). Con l'inserimento di tale disposizione, preceduta peraltro dalla c.d. aggravante di clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., si assiste pertanto ad una vera e propria svolta nel sistema normativo in materia di immigrazione: la violazione delle norme riguardanti l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, sanzionata fino ad oggi soltanto con lo strumento amministrativo dell'espulsione, viene elevata ad illecito penale (L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.* XI, 4-2009, p.9 e ss.).

Il nuovo art. 10-bis TUIM prevede in particolare la realizzazione della contravvenzione attraverso due condotte alternative: quella dell'ingresso e quella del trattenimento illegale nel territorio dello Stato. Entrambe le condotte presuppongono ai

fini della configurabilità della contravvenzione la qualifica di straniero in capo al soggetto attivo, palesandosi così la natura di reato proprio della fattispecie in esame.

La contravvenzione di ingresso illegale si configura nel momento del superamento dei confini territoriali (quali che siano le concrete modalità di azione, via terra, via mare, via aerea, ...) in violazione delle disposizioni attinenti all'entrata nel territorio italiano. In particolare, stante il disposto di cui all'art. 4 TUIM, sarà da considerare illegale l'ingresso che si verifichi: 1) sottraendosi ai controlli dei valichi di frontiera, salvo che sia stato determinato da una causa di forza maggiore; 2) senza che lo straniero sia munito di passaporto o di un documento equipollente o comunque avvalendosi di documenti ottenuti illecitamente; 3) senza visto, nei casi in cui sia richiesto. Per quanto attiene alla natura del reato in esame può affermarsi, in base alla descrizione del fatto tipico, la qualifica di reato istantaneo, che sarà pertanto configurato nel momento e nel luogo di realizzazione dell'attraversamento dei confini territoriali. Peraltro, in base al disposto di cui all'art. 10-bis, comma 2, TUIM, non può essere contestato il reato in esame allo straniero che si presenti ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal TUIM per l'ingresso nel territorio dello Stato e sia stato respinto dalla polizia di frontiera ai sensi dell'art. 10 comma 1, TUIM, in tal modo evitandosi di contestare allo straniero respinto un reato, che determinerebbe la sua effettiva presenza nel territorio dello Stato ai fini della celebrazione del processo penale davanti al giudice di pace (C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.* XI, 4-2009, p. 38 e ss.).

Per quanto attiene alla seconda modalità di realizzazione della contravvenzione in esame essa è data dal trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato in violazione della normativa vigente, salvo valutare se in essa vi rientri soltanto l'ipotesi dello straniero entrato regolarmente ma in seguito divenuto irregolare (come nel caso di scadenza o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno) o anche quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio nazionale.

La natura di reato permanente della contravvenzione di soggiorno illegale implica peraltro tutte le conseguenze giuridiche del caso come in materia di prescrizione, *locus commissi delicti* ed in particolare per quanto attiene al *tempus commissi delicti*, evitandosi di fatto la necessità di dimostrare che l'ingresso illegale sia stato realizzato dopo l'entrata in vigore della nuova incriminazione.

Analogamente alla fattispecie di permanenza illegale in violazione dell'ordine impartito dal questore di cui all'art. 14, comma 5-ter, TUIM, anche la fattispecie di trattenimento illegale può essere considerata quale reato omissivo proprio, incentrandosi il disvalore del fatto non tanto sulla condotta attiva di trattenimento quanto sul mancato allontanamento dal territorio nazionale in violazione delle disposizioni che vietano la permanenza. Ciò a ben vedere pone la questione della compatibilità della disposizione in esame con il principio della responsabilità penale personale e colpevole sotto due diversi profili.

In primo luogo vi è il rischio che la condizione di permanenza irregolare sfugga del tutto alla sfera di controllo e di responsabilità dello straniero essendo, invece, la conseguenza di situazioni a lui del tutto estranee (si pensi ad esempio alla perdita del posto di lavoro che incide sulla conservazione del titolo di soggiorno). In secondo

luogo la mancanza di un termine legale, entro il quale lo straniero possa regolarizzare la propria situazione, comporta la penale responsabilità dello straniero nonostante l'impossibilità di conformarsi alla regola di condotta prescritta (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la situazione di irregolarità dipenda da un provvedimento amministrativo di diniego di permesso di soggiorno, nel qual caso lo straniero risponderà della contravvenzione in via automatica in mancanza di un termine che consenta di regolarizzare la propria condizione o di lasciare il territorio dello Stato) (C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.* XI, 4-2009, p. 38 e ss.).

Per quanto concerne l'elemento psicologico del reato, esso, attesa la natura contravvenzionale della fattispecie, può essere indifferentemente rappresentato dal dolo o dalla colpa, salva la questione, che in questa sede non può essere oggetto di indagine ma che meriterebbe un'attenta analisi, del valore dell'eventuale errore da parte dello straniero sulla propria condizione di irregolarità e della possibile esclusione di punibilità per difetto dell'elemento soggettivo.

Quanto ai profili processuali l'art. 4, comma 2, lettera *s-bis* (introdotta con la legge 94 del 2009) del d.l.s. 28 agosto 2000 n. 274, estende la competenza del giudice di pace alla contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* TUIM secondo il meccanismo procedurale di nuovo conio, di cui agli articoli 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* del d.l.s. 28 agosto 2000 n. 274 (art. 10-*bis*, comma 3, TUIM). Il comma 4 dell'art. 10-*bis* TUIM prevede poi un meccanismo derogatorio rispetto a quello di generale applicazione di cui all'art. 13, comma 3, TUIM, in relazione al rapporto tra il procedimento amministrativo di espulsione e il procedimento penale cui è sottoposto lo straniero. Infatti, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato per la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'art. 13, comma 3, TUIM, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato, palesandosi con tutta evidenza l'intento primario del legislatore, ritenuto prevalente sull'interesse all'accertamento del reato, di garantire con la maggiore speditezza possibile l'allontanamento dello straniero.

Peraltro il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione, pronuncia, ai sensi dell'art. 10-*bis*, comma 5, TUIM, sentenza di non luogo a procedere, la quale in ogni caso non precluderà, secondo quanto disposto dall'art. 345 c.p.p., il nuovo esercizio dell'azione penale qualora, prima che siano decorsi i termini di cui all'art. 13, comma 14, TUIM, lo straniero sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato o senza l'autorizzazione del Ministro dell'Interno.

A differenza di quanto stabilito dall'art. 13, comma 3-*quater*, TUIM, peraltro, non è previsto un limite temporale, coincidente con l'emissione del provvedimento che dispone il giudizio, all'adozione della sentenza di non luogo a procedere che può avvenire quindi a ridosso della pronuncia della sentenza di merito. Ciò, a ben vedere, evidenzia ancora di più la possibilità per l'autorità amministrativa di influenzare in maniera determinante le sorti del procedimento penale, potendosi così sollevare dubbi di costituzionalità in riferimento ai principi di stretta legalità della giurisdizione e di obbligatorietà dell'azione penale.

Il giudice di pace pronuncerà sentenza di non luogo a procedere, stante il disposto di cui all'art. 10-*bis*, comma 6, TUIM, anche nell'ipotesi in cui acquisisca la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al d.l.s. 19 novembre 2007 n. 251 ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, TUIM (permesso rilasciato per motivi di "carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano"), salvo l'obbligo di sospensione del procedimento penale una volta acquisita la notizia della presentazione della relativa domanda (P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionale e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir.imm. e citt.*, XI, 4-2009, p. 85 e ss.).

Per quanto attiene al trattamento sanzionatorio la pena dell'ammenda può essere sostituita dal giudice di pace con la misura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva per un periodo non inferiore a cinque anni sempre che non ricorrano le cause ostative di cui all'art. 14, comma 1, TUIM, che impediscono l'esecuzione immediata della espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. L'applicazione della misura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva produce peraltro importanti conseguenze, quali la segnalazione al SIS (Sistema d'informazione Schengen) ai fini della non ammissione nel territorio italiano e nel territorio degli altri paesi membri dell'Unione europea e il divieto di reingresso per almeno 5 anni, la cui trasgressione è punita con la revoca da parte del giudice di pace della pena pecuniaria sostituita, ex art. 16, comma 4, TUIM, e che viene sanzionata come delitto con la reclusione da 1 a 4 anni dall'art. 13, comma 13-*bis*, TUIM, per il quale è previsto l'arresto obbligatorio ed il giudizio direttissimo (P.Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir.pen. e proc.*, 1S, p. 5 e ss.).

La contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, pone, in definitiva, all'interprete fondati dubbi sulla sua compatibilità con i principi costituzionali come emerge dalle molteplici ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale volte alla declaratoria di incostituzionalità della disposizione in esame.

In primo luogo, come è già stato evidenziato, la scelta del legislatore di prevedere per una medesima situazione (l'irregolarità dell'ingresso e della permanenza) un doppio meccanismo sanzionatorio (sanzione amministrativa e sanzione penale) volto, peraltro, al medesimo ed unico scopo di garantire l'allontanamento dello straniero irregolare (espulsione amministrativa, la cui esecuzione prevale sul procedimento penale in corso, ed espulsione a titolo di sanzione sostitutiva adottata dal giudice di pace e che ragionevolmente rappresenterà la regola rispetto ad una pena pecuniaria che difficilmente troverà adempienti gli stranieri irregolari) determina forti dubbi, sia sulla effettività della scelta rispetto all'obiettivo del contrasto all'immigrazione irregolare e, soprattutto, sul rispetto del principio costituzionale di sussidiarietà dell'illecito penale, in base al quale il ricorso a misure limitative dei diritti fondamentali dei singoli è ammissibile nei soli casi di stretta necessità, laddove sia indispensabile per la tutela del bene giuridico relativo e quando la sua salvaguardia non sia realizzabile attraverso sanzioni di natura extrapenale. Diversamente, e ciò appare ben più che una eventualità

con l'introduzione del nuovo art. 10-*bis*, TUIM, il diritto penale viene a svolgere un ruolo del tutto strumentale rispetto alle funzioni di polizia finalizzate alla gestione dell'immigrazione irregolare, trasformandosi in un "diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale" (M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, p.127 e ss.).

Inoltre la criminalizzazione dello *status* di irregolare rischia di svilire il fondamentale principio liberale del diritto penale del fatto, fondato sull'art. 25, comma 2, Cost. e contrapposto al diritto penale d'autore, in base al quale la sanzione penale può essere legittimamente prevista solo rispetto a fatti materiali lesivi di beni giuridici e non rispetto a mere condizioni personali soggettive, quali quelle di migrante. A ben vedere ciò è quanto sembrerebbe emergere dalla nuova contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, laddove l'ingresso ed il trattenimento irregolare sul territorio dello Stato più che rappresentare di per sé fatti lesivi di beni meritevoli di tutela penale sembrano essere l'espressione della condizione individuale di migrante.

Ciò è stato di fatto confermato dalla stessa Corte Costituzionale che con la sentenza n. 78 del 2007 ha espressamente affermato essere in contrasto con i principi costituzionali una normativa penale "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 (...) di una particolare pericolosità sociale"(C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.* XI, 4-2009, p. 38 e ss.).

Un altro profilo, che suscita profonde riserve in relazione al principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), è quello del mancato richiamo nella fattispecie di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, alla clausola del giustificato motivo, presente invece nella fattispecie delittuosa di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, TUIM . Possono essere, infatti, ritenute valide anche rispetto alla contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 5 del 2004 e 22 del 2007) in riferimento alla clausola del giustificato motivo di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, TUIM. In quella occasione la Corte ha affermato che il giustificato motivo rappresenta un elemento negativo del fatto essenziale della fattispecie penale, in quanto soltanto la sua previsione consente di superare ogni obiezione e ritenere costituzionalmente corretta, ai sensi dell'art. 27, comma 2, Cost., la incriminazione della condotta omissiva. Infatti tale formula "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" (Corte Cost. sent. n. 22 del 2007). Pertanto la fattispecie di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, nella parte in cui non richiama la clausola del giustificato motivo, sembra porsi in contrasto con il principio di cui all'art. 27, comma 1, Cost., laddove non prevede che possano assumere rilevanza, ai fini della esclusione della responsabilità dello straniero irregolare, tutte quelle situazioni che rendono inesigibile il rispetto della regola di condotta (C. Renoldi, *I nuovi reati di*

ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato, in *Dir. imm. citt.* XI, 4-2009, p. 38 e ss.).

Inoltre la criminalizzazione del migrante clandestino operata con la novella del 2009 sembra porsi in contrasto con i principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti e con le convenzioni internazionali che sembrano riconoscere al migrante non regolare piena dignità umana nella consapevolezza “che il migrante si muove, abbandona la propria terra e cerca una nuova patria per uscire da condizioni di povertà, di oppressione, per trovare migliori condizioni di vita per sé e per la propria famiglia” (così l’ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Pesaro).

In particolare si può fare riferimento alla Dichiarazione Universale dei diritti Umani approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 la quale riconosce il diritto di ogni individuo a lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese (art 13); ancora la Convenzione O.I.L. sui lavoratori migranti n. 143 del 1975, ratificata con la legge n.158 del 1981, in cui viene dichiarato che “ogni membro per cui la presente convenzione sia in vigore s’impegna a rispettare i diritti fondamentali dell’uomo di tutti i lavoratori migranti” (art. 1); si pensi poi alla Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori emigranti e dei membri delle loro famiglie, approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1990, entrata in vigore il 1 luglio 2003, non ancora ratificata dall’Italia, secondo la quale “si dovrebbe tenere conto di considerazioni umanitarie relative alla condizione di un lavoratore emigrante, in particolare rispetto al suo diritto di residenza o lavoro, nell’emanare una sentenza per un reato commesso da un lavoratore emigrante o da un membro della sua famiglia”.

Se in definitiva la disposizione in esame sembra essere censurabile sotto svariati profili sembra cogliere nel segno quella parte della dottrina, secondo la quale il suo inserimento nell’ordinamento italiano ha come prioritaria finalità quella di sterilizzare gli obblighi imposti dalla Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri). Quest’ultima, infatti, prevede il rimpatrio volontario quale modalità di allontanamento prioritaria rispetto a quella in forma coattiva, e, oltre a considerare come eccezionale ogni forma di trattenimento, dispone all’art. 2, comma 2, lett. b), che sia possibile derogare a tali regole generali quando il rimpatrio sia l’applicazione di una sanzione penale o in ogni caso una conseguenza di essa. Da ciò sembra emergere la compatibilità con il quadro comunitario della misura dell’espulsione a titolo di sanzione sostitutiva adottata dal giudice di pace quale conseguenza della contravvenzione di cui all’art. 10-bis, TUIM (P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionale e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. e citt.*, XI, 4-2009, p. 85 e ss.).

Con la sentenza n. 250 del 2010 la Corte Costituzionale ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all’art. 10-bis, TUIM. Innanzitutto, il giudice delle leggi si è soffermato su un primo gruppo di questioni, il cui accoglimento avrebbe portato alla declaratoria di integrale incostituzionalità della disposizione in esame. Posto che la Corte Costituzionale può sindacare la scelta discrezionale del legislatore in ordine all’individuazione delle condotte punibili e del

relativo trattamento sanzionatorio solo ove essa si presenti manifestamente irragionevole o arbitraria (in tal senso, tra le altre, le sentenze n. 47 del 2010, n. 161, n. 41 e n. 23 del 2009, n. 225 del 2008), per i giudici della Consulta risulta essere del tutto legittima l'attribuita rilevanza penale alle condotte di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 10-*bis*, TUIM, aggiunto dall'art. 1, comma 16, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

In particolare, per quanto attiene alla censura di violazione dei principi di materialità e di necessaria offensività del fatto, *ex art. 25*, comma 2, Cost., la questione è infondata. A detta della Corte, infatti, l'art. 10-*bis*, TUIM non sanzionerebbe un mero stato soggettivo, quello di straniero "irregolare", del quale verrebbe presunta in via assoluta la pericolosità sociale, ma la specifica condotta di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato, trasgressiva della normativa vigente. La contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, peraltro in linea con la scelta di criminalizzazione di condotte analoghe adottata da altri ordinamenti europei (Francia, Germania, Regno Unito), non costituisce, pertanto, un illecito di mera disobbedienza, non offensivo di alcun bene giuridico meritevole di tutela, essendo, al contrario, il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice facilmente identificabile "nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria (...) e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero". A detta del giudice delle leggi, a ben vedere, il controllo e la gestione dei flussi migratori rappresenta un bene giuridico strumentale, la cui tutela garantisce la salvaguardia di tutti quei beni pubblici finali, di sicuro rilievo costituzionale e per lo più sovraindividuali (quali ad esempio la sicurezza e l'ordine pubblico, la sanità pubblica, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione), suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata.

Secondo la Corte Costituzionale, poi, risulta essere infondata la questione relativa alla violazione del principio di eguaglianza *ex art. 3* Cost. nel senso che, secondo i giudici remittenti, l'art. 10-*bis*, TUIM, porrebbe una indebita equiparazione tra fattispecie eterogenee e soggetti di differente pericolosità sociale (quali lo straniero entrato clandestinamente sul territorio nazionale e dedito ad attività criminale e il migrante soggiornante irregolarmente ma dopo un ingresso legittimo e che svolge un'attività lavorativa). In base alla valutazione data dai giudici della Consulta, infatti, la diversità delle situazioni rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 10-*bis*, TUIM, può essere apprezzata e valorizzata dal giudice in sede di determinazione della pena nell'ambito della forbice edittale individuata dal legislatore (ammenda da 5.000 a 10.000 euro), senza contare che per ipotesi a carattere residuale (quale la situazione dello straniero che si trattiene sul territorio nazionale oltre il termine di validità del visto di ingresso per ragioni contingenti, quali ad esempio l'aver perso l'aereo), potrà trovare applicazione l'istituto dell'esclusione della procedibilità per "particolare tenuità del fatto", previsto dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, il quale vale ad escludere la pena per le irregolarità meno significative.

Infondata è pure la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, TUIM, sollevata con riferimento al principio di solidarietà, ai sensi dell'art. 2 della

Costituzione. Premesso che laddove la tesi dei giudici remittenti fosse valida il contrasto con l'art.2 Cost. riguarderebbe non tanto la disposizione incriminatrice di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, ma, più a monte, le norme che precludono o limitano l'ingresso o la permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato, per i giudici della Consulta, in linea con la giurisprudenza costante sul punto, in materia di immigrazione "le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco" (così la sentenza n. 353 del 1997). Peraltro le ragioni della solidarietà trovano in ogni caso espressione ad esempio nella normativa sul soccorso al rifugiato e sulla protezione internazionale, di cui al d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, fatta salva dal comma 6 dell'art. 10-*bis*, TUIM, che prevede la sospensione del procedimento penale per il reato in esame nel caso di presentazione della relativa domanda e, nell'ipotesi di suo accoglimento, la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere.

La Corte esclude, poi, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per presunto contrasto dell'art. 10-*bis*, TUIM, con la Direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), la quale prevede il rimpatrio volontario quale modalità di allontanamento prioritaria rispetto a quella in forma coattiva, salva l'ipotesi in cui il rimpatrio costituisca l'applicazione di una sanzione penale o, in ogni caso, una conseguenza di essa. Il giudice delle leggi non si sofferma sull'argomento avanzato dai giudici rimettenti, secondo i quali la deroga prevista dalla Direttiva 2008/115/CE alla regola generale del rimpatrio volontario dovrebbe ritenersi riferita esclusivamente alle fattispecie penali diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare, risultando sufficiente osservare che il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non è ancora scaduto, essendo fissato al 24 dicembre 2010, oltre alla considerazione in base alla quale il sollevato contrasto dovrebbe riguardare non tanto la disposizione di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, quanto le norme che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi.

Risulta essere infondata anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, TUIM, con riferimento al principio di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost., sollevata dai giudici rimettenti in base alla considerazione che la norma censurata perseguirebbe un obiettivo (l'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio dello Stato) già realizzabile tramite l'istituto dell'espulsione amministrativa, così determinandosi una irragionevole duplicazione di procedimenti (amministrativo e penale). Sebbene la Corte riconosca che la condotta di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato sia sanzionata sia come illecito amministrativo che come illecito penale e che dalla disciplina di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, emerga come l'applicazione della sanzione penale costituisca un esito subordinato rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero illegalmente presente, tuttavia ciò non comporta ancora che "il procedimento penale per il reato in esame sia destinato, *a priori*, a rappresentare un mero "duplicato" del procedimento amministrativo di espulsione (di norma, per giunta più celere): e ciò, a tacer d'altro, per la ragione che – come l'esperienza attesta – in un largo numero di casi non è possibile, per la pubblica amministrazione, dare corso all'esecuzione dei provvedimenti espulsivi". Peraltro, le valutazioni concernenti il più generale rapporto "costi-benefici" derivanti

dall'introduzione della nuova figura contravvenzionale, attenendo all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria, sono sottratte al sindacato di costituzionalità della Corte.

Per quanto attiene alla presunta violazione del principio di buon andamento dei pubblici uffici, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, detto principio risulta essere per la Corte, in linea con una giurisprudenza ormai consolidata, riferibile all'amministrazione della giustizia solo per quanto attiene all'organizzazione e al funzionamento degli uffici giudiziari, e non all'attività giurisdizionale in senso stretto.

La Corte passa, poi, ad esaminare, rigettandole tutte, un secondo ordine di questioni, volte a denunciare la contrarietà a Costituzione di specifiche articolazioni della disciplina sostanziale e processuale prevista dall'art. 10-*bis*, TUIM, il cui accoglimento avrebbe portato ad una declaratoria di illegittimità costituzionale solo parziale.

Innanzitutto, risulta essere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, TUIM, per violazione del principio di colpevolezza, di cui all'art. 27 Cost., e del principio di eguaglianza, *ex* art. 3 Cost., non prevedendo la norma censurata, in rapporto alla condotta dell'illegale trattenimento, la clausola "senza giustificato motivo" presente, invece, nella norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, TUIM, la quale reprime una speciale forma di indebita permanenza dello straniero nel territorio dello Stato, ovvero quella conseguente all'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare entro cinque giorni il territorio nazionale.

Per quanto riguarda la presunta violazione del principio di colpevolezza, esso, a detta del giudice delle leggi, risulta essere comunque salvaguardato attraverso l'applicazione delle scriminanti comuni, senza contare che, per quanto concerne la fattispecie omissiva della permanenza irregolare, è valido il principio generale "*ad impossibilia nemo tenetur*", in base al quale l'impossibilità (materiale o giuridica) di realizzazione dell'azione richiesta esclude, già sul piano della tipicità, la configurabilità del reato.

Sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza, la Corte ritiene legittimo il differente regime disciplinatorio delle due fattispecie a raffronto, in quanto la formula del "giustificato motivo" presente nella fattispecie di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, TUIM, trova fondamento nella peculiarità della forma di espulsione prevista in tale norma, la cui esecuzione è affidata allo straniero medesimo, e la cui adozione è consentita solo quando non sia possibile l'accompagnamento alla frontiera, e nel ben più gravoso trattamento sanzionatorio rispetto a quello di cui all'art. 10-*bis*, TUIM. Peraltro, per il giudice delle leggi, al fine di garantire una moderazione dell'intervento sanzionatorio rispetto all'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 10-*bis*, TUIM, può trovare applicazione l'istituto della improcedibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, la cui disciplina "può valere a controbilanciare la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie di giustificato motivo che esulino dal novero delle cause di non punibilità".

La Corte ritiene, poi, manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, TUIM, per presunta violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui viene prevista la facoltà del giudice di sostituire, nel caso di condanna, la

pena pecuniaria con la misura dell'espulsione ed il divieto di concessione della sospensione condizionale della pena, ciò in quanto tali previsioni non sono direttamente riconducibili all'art. 10-*bis*, TUIM, ma ad altre previsioni del TUIM non sottoposte a scrutinio di costituzionalità.

Per quanto riguarda la questione avente ad oggetto la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 10-*bis*, TUIM, in base alla quale il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere allorchè abbia notizia dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione amministrativa dell'autore del fatto o del suo respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, TUIM, e del suo possibile contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione, facendosi dipendere l'applicazione o meno della pena per il reato in esame dall'operato dell'autorità amministrativa, la Corte Costituzionale dichiara la manifesta inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

Risulta essere manifestamente inammissibile anche la questione sollevata con riferimento all'art. 24, comma 2, Cost., volta a censurare la mancata previsione di una disciplina transitoria che salvaguardi gli stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009, e ciò in quanto non potrebbe essere il giudice delle leggi " a stabilire un termine e una modalità operativa per consentire a detti stranieri di allontanarsi spontaneamente dall'Italia senza incorrere in responsabilità penale, trattandosi di operazione che implica scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore".

E' pure manifestamente inammissibile, secondo la Corte, la censura di violazione dell'art. 24, comma 2, Cost., a causa della dichiarata introduzione di un obbligo di autodenuncia nei confronti dello straniero irregolare responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico previsto dall'art. 38, TUIM, in quanto la presunta lesione costituzionale deriverebbe dalla disciplina prevista da disposizioni diverse da quelle dell'art. 10-*bis*, TUIM e non coinvolte nell'impugnativa.

I giudici della Consulta dichiarano, in fine, manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza anche la questione sollevata con riferimento agli articoli 3 e 24, comma 2, Cost. per la mancata previsione di garanzie a favore dello straniero che presenti istanza di permanenza in Italia per gravi motivi connessi alla tutela di familiari minori, ai sensi dell'art. 1, comma 3, TUIM.

5. La circostanza aggravante di clandestinità (art. 61, n. 11-bis, c.p.).

Introdotta dall'art. 1, lett. f), d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni in l. 24 luglio 2008, n. 125 il numero 11-*bis* dell'art. 61, c.p. ("Circostanze aggravanti comuni") prevede un aggravamento di pena per "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale". Tale disposizione si inquadra a pieno titolo nella normativa penale degli ultimi anni in materia di immigrazione, volta a considerare lo straniero non più vittima ma soggetto attivo del reato (A. Peccioli, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. e proc.*, 1S, 2009, p. 42 e ss.).

La mera presenza nel territorio dello Stato in violazione della disciplina amministrativa prevista dal TUIM viene, così, considerata dal legislatore espressione di un maggiore disvalore del fatto di reato commesso sul presupposto di una presunta pericolosità sociale dell'immigrato irregolare. Se è evidente la finalità del legislatore di improntare una tutela rafforzata alla sicurezza collettiva e di dare una risposta immediata all'allarme sociale derivante dalla commissione di illeciti penali da parte di immigrati irregolari, tale scelta normativa non può non porsi in aperto contrasto con quanto già espressamente affermato dalla Corte Costituzionale stessa in più di un'occasione.

Ci si riferisce, in particolare, alla pronuncia 26 gennaio 2007 n. 22 con la quale la Corte, dichiarando la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale attinente al trattamento sanzionatorio dell'art. 14, comma 5-ter, TUIM (illecita permanenza senza giustificato motivo), ha affermato a chiare lettere che il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale costituisce "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 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". Allo stesso modo la Corte Costituzionale, con la sentenza 16 marzo 2007 n. 78, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, perché in contrasto con il principio costituzionale della rieducazione della pena (art. 27, comma 3, Cost.), di alcune disposizioni dell'ordinamento penitenziario (artt. 47, 48, 50) laddove non consentivano l'accesso alle misure alternative alla detenzione agli stranieri extracomunitari entrati illegalmente nel territorio dello Stato e privi di permesso di soggiorno (D. Brunelli, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. Cost.*, 2007; F. Della Casa, *Sconfessata in nome dell'art. 27 comma 3 Cost. una "debordante" interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, in *Giur. Cost.*, 2007).

Per quanto attiene all'ambito di applicazione della circostanza in esame essa trova applicazione nei confronti degli stranieri che non possiedono un valido titolo di soggiorno al momento della commissione del fatto, pertanto anche nell'ipotesi in cui essi siano entrati nel territorio dello Stato nel rispetto della disciplina del TUIM. Mentre nella prima versione del decreto legge la circostanza aggravante trovava applicazione anche nei confronti di cittadini stranieri appartenenti a Stati dell'Unione europea, nella versione prevista dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, è stata introdotta una disposizione di interpretazione autentica, con la quale si stabilisce che la circostanza della clandestinità si riferirà ai cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi. Peraltro il decreto legge originario prevedeva l'applicazione della circostanza al "soggetto che avesse commesso il fatto mentre si trovava illegalmente nel territorio dello Stato". Nella attuale versione si è sostituito al generico riferimento del "soggetto" il termine "colpevole" con l'intenzione di determinare una più stretta connessione tra il reato realizzato e la condizione di clandestinità seppure l'aumento di pena è pur sempre

collegato alla qualifica di irregolare del soggetto straniero (A. Peccioli, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. e proc.*, 1S, 2009, p. 42 e ss.).

Secondo una certa interpretazione, al fine di evitare che la circostanza in esame configuri un'ipotesi di responsabilità da posizione, sarebbe necessaria la sussistenza di un provvedimento giudiziario con cui si accerti in concreto che la condizione di clandestinità sia precedente e in rapporto eziologico rispetto al fatto di reato commesso. Pertanto, in base a questa ricostruzione, il clandestino potrà essere ritenuto pericoloso solo in presenza di un precedente reato di clandestinità ovvero un reato comune aggravato dall'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., in cui la condizione dello straniero sia in rapporto di causa ed effetto con l'illecito commesso.

E' bene sottolineare, poi, che la circostanza di clandestinità non troverà applicazione nel caso in cui il disvalore penale della fattispecie base si incentri proprio sulla condotta dello straniero che risiede illegalmente in Italia sulla base del principio del *ne bis in idem*. Così, ad esempio, nel caso di ingresso irregolare in violazione delle disposizioni del TUIM troverà applicazione il reato previsto dall'art. 10-*bis* TUIM, senza che la pena possa essere aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. Allo stesso modo non sarà applicato l'aumento di pena nell'ipotesi in cui lo straniero non abbia ottemperato ad un ordine di espulsione (art. 14, comma 5-*ter*, TUIM) o che abbia fatto reingresso dopo un ordine di espulsione (art. 13, comma 3-*quinq*ues, TUIM) (M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 128 e ss.)

La disposizione di cui all'art. 61, comma 11-*bis*, c.p., è stata oggetto di molteplici ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale per il suo possibile contrasto con la Carta Costituzionale. In particolare si è ritenuto che essa violi l'art. 3 della Costituzione ed i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità, come desumibili dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al sistema penalistico dell'istituto delle aggravanti. I più gravi dubbi di legittimità sul punto attengono ai profili di generalità ed automaticità, propri delle aggravanti comuni, ma collegati ad una qualità personale del colpevole, quale è la condizione di migrante irregolare.

Mentre infatti l'applicazione di altre circostanze aggravanti soggettive comuni, come quelle di cui all'art. 61, n. 9 e 11, c.p., non discende automaticamente dalla condizione o qualità personale dell'agente ma dalla verifica in concreto che quella condizione abbia effettivamente aggravato la condotta, al contrario, l'applicazione della circostanza di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., discende automaticamente dalla condizione dell'agente.

Anche nell'ipotesi della recidiva prevista dall'art. 70, ultimo comma, c.p., l'applicazione della circostanza discende automaticamente dalla condizione dell'agente ma con la fondamentale differenza di presupporre la condanna dell'agente per una condotta di per sé ed autonomamente illecita sul piano penalistico. Peraltro in tale ultimo caso l'applicazione automatica si giustifica in ragione del particolare disvalore attribuito dall'ordinamento a chi abbia commesso altri illeciti penali accertati dal giudice, senza contare che, secondo l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale (sent. n.192 del 2007) e dalla Cassazione (sentenza n.2606 del 2008), la disciplina della recidiva, per essere conforme a Costituzione, esclude qualsiasi automatismo ed impone

sempre una valutazione discrezionale del caso e della persona in esame, con la possibilità di evitare l'applicazione dell'aggravamento sanzionatorio allorchè la maggiore pericolosità non sia ravvisata in concreto.

Anche in raffronto alla previsione di altre circostanze aggravanti fondate sulla condizione o qualità personale del colpevole, come quella di cui all'art. 61, n. 6, c.p., risulta in maniera evidente il differente ed irragionevole regime disciplinatorio rispetto all'ipotesi di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., laddove nel primo caso l'aggravamento di pena si giustifica, a differenza del secondo, in base ad un provvedimento del giudice che abbia accertato la pericolosità del soggetto.

Secondo i giudici remittenti della questione di legittimità costituzionale la disciplina di cui all'art. 61, n.11-*bis*, c.p., risulta pertanto eccentrica rispetto al sistema ed irragionevole ai sensi dell'art. 3 della Cost., in quanto non consente al giudice alcuna valutazione in concreto della connessione tra la qualità di straniero illegittimamente presente nello Stato e la condotta criminale per la quale viene giudicato. Inoltre la previsione dell'aggravante *ex art.* 61, n.11-*bis*, c.p., sembra porsi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione sotto il profilo del divieto di discriminazioni soggettive, essendo fondato l'aggravamento sanzionatorio unicamente sulla presunzione assoluta della maggiore capacità a delinquere dello straniero extracomunitario e dell'apolide per il solo fatto di trovarsi irregolarmente nel territorio dello Stato.

Pertanto, come evidenziato dalle molteplici ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., non soltanto manca nella disciplina in esame “una proporzionalità tra fini (esigenza statutale di controllo dei flussi migratori ed irrigidimento punitivo nei confronti di soggetti presenti illegalmente nello Stato) e mezzi (aggravamento della pena per fatti estranei alla presenza illegale) ma più ancora il rispetto del principio di uguaglianza inteso come trattamento di situazioni analoghe (*rectius*: identiche) in maniera analoga (*rectius*: identica). Infatti, il medesimo fatto-reato, che rende le situazioni tra loro appunto identiche, e non analoghe, viene punito in modo differente in ragione soltanto della presenza – o meno – di una “caratteristica personale del suo autore”.

Sotto differente profilo la previsione della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n.11-*bis*, c.p., sembrerebbe porsi in aperto contrasto con l'art. 25, comma 2 della Costituzione, in base al quale la sanzione penale può trovare giustificazione solo di fronte ad un fatto commesso realmente offensivo e socialmente dannoso. Nell'ipotesi in esame, invece, l'aumento di pena è applicato all'agente per la sola condizione di extracomunitario o apolide presente illegalmente nello Stato, quindi automaticamente in forza di un mero *status* personale, ponendosi in tal modo in netta frizione con il principio , cui è ispirato il nostro sistema penale, che fonda la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale e non su un “*a priori*” elevato a presunzione di pericolosità.

La condizione di clandestinità dello straniero risulta, infatti, essere del tutto sconnessa dal concreto contenuto offensivo del reato base, finendosi col punire non tanto la irregolarità in sé quanto una qualità personale del soggetto, non potendosi ritenere che la qualità di immigrato irregolare sia di per sé sufficiente a determinare una maggiore dannosità del fatto, a meno di ricadere nell'accoglimento della concezione

etico-sociale del “tipo normativo d’autore”, rifiutata dal nostro ordinamento costituzionale e penale.

Inoltre la circostanza aggravante di c.d. clandestinità sembra porsi in contrasto con l’art. 27 della Costituzione sotto il profilo del principio della personalità della responsabilità penale in quanto, con l’aggravante in esame, viene rimproverato all’agente non un’attitudine delinquenziale ma una qualità personale, con la conseguenza di punire più gravemente un tipo d’autore rappresentato dallo straniero irregolare. Peraltro, non essendo consentito al giudice l’accertamento in concreto della pericolosità dell’agente, viene anche meno l’uguaglianza di fronte alla pena da intendersi come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono, in contrasto con l’esigenza di un trattamento sanzionatorio volto ad individualizzare le pene inflitte al fine di evitare che la funzione aggravatrice della pena possa soddisfare solo le esigenze generali di prevenzione e di difesa sociale. Sempre sotto il profilo della violazione dell’art. 27 della Costituzione l’aumento di pena previsto dall’aggravante in esame pone forti dubbi sulla sua compatibilità con il principio rieducativo della pena, mancando un ragionevole rapporto tra la maggiore severità del trattamento sanzionatorio e l’effettiva entità del reato.

Come affermato chiaramente dall’ordinanza di rimessione del tribunale di Latina del 27 aprile 2010 l’aggravante in esame “non realizza la finalità retributiva e generalpreventiva perché non consente di adeguare la pena alla specificità del caso concreto e, anzi, impone, un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed inadeguato alla gravità del caso; dall’altro lato non realizza la finalità specialpreventiva e rieducativa della pena poiché una sanzione siffatta non agevola il reinserimento sociale dell’agente né lo riconduce nell’ambito della legalità, anche amministrativa.”

Con la sentenza n. 249 del 2010 la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., per violazione degli articoli 3, comma 1, e 25, comma 2, della Costituzione.

Premessa generale e fondamentale indicata dal giudice delle leggi è la considerazione in base alla quale la previsione, nel campo penale, di trattamenti diversificati e peggiorativi, i quali si fondano su qualità personali dei soggetti, determina una compressione delle libertà fondamentali della persona, la cui legittimità non può essere affermata “se non in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante” (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994), con la conseguenza che “la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell’art. 3 Cost., l’accertamento della sua non manifesta irragionevolezza” (sentenza n. 393 del 2006).

Del resto, proprio in applicazione di tali principi, la Corte ha già in passato dichiarato l’illegittimità costituzionale di norme che avevano costruito le fattispecie incriminatrici su presunzioni assolute di pericolosità, con l’effetto di istituire discriminazioni irragionevoli: così, ad esempio, la disposizione di cui all’art. 688 c.p., che puniva l’ubriachezza solo per coloro che avessero già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità delle persone (sentenza n. 354 del 2002), e quella di cui all’art. 708 c.p. (Possesso ingiustificato di valori), che

determinava una discriminazione irragionevole nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura ed entità contro il patrimonio (sentenza n. 370 del 1996).

Pertanto, secondo i giudici della Consulta, “comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interesse di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini”.

Passando all’esame della previsione di cui all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., la Corte, negata la possibilità di considerare l’aggravante in esame causa effettiva di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle singole disposizioni incriminatrici, ritiene che l’aggravamento del trattamento sanzionatorio non può neppure essere giustificato dalla finalità di contrastare l’immigrazione illegale, “giacchè questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall’azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce”.

Peraltro, secondo il giudice delle leggi, la natura discriminatoria dell’aggravante c.d. di clandestinità, risulta essere stata messa ancora di più in luce dall’intervento normativo di cui alla legge n. 94 del 2009. In primo luogo la previsione di cui all’art. 1, comma 1, della legge n. 94 del 2009, che ha escluso l’applicabilità dell’aggravante in esame ai cittadini di Paesi appartenenti all’Unione europea, sottolinea come la disciplina introdotta dal’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., si fondi prevalentemente sullo stato soggettivo del reo (di straniero irregolare), “giacchè la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell’Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell’inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento (*punita dall’art. 21, comma 4, del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 con l’arresto da uno a sei mesi e con l’ammenda da 200 a 2.000 euro*), vale a dire quando l’irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di valutazione da parte della competente autorità di sicurezza, che ha emesso un ordine trasgredito dal soggetto interessato, il quale ha assunto per tale condotta, una specifica responsabilità penale”.

In secondo luogo, a detta della Corte, con l’introduzione ad opera della legge n. 94 del 2009 della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, di cui all’art. 10-*bis*, TUIM, si assiste ad una irragionevole moltiplicazione del trattamento sanzionatorio in relazione ad un’unica violazione delle disposizioni sull’ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, determinandosi così un evidente conflitto con il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale. Infatti lo straniero extracomunitario “viene punito una prima volta all’atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica dei controlli dei flussi migratori”. Ciò si

pone, quindi, per la Corte, in evidente contrasto con il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., non potendosi, peraltro, evitare tale conflitto né sul piano normativo né su quello interpretativo.

Per quanto attiene, infatti, al piano normativo, se è vero che il sistema penale italiano prevede, al fine di evitare il verificarsi di *bis in idem* sostanziali, tecniche di considerazione unitaria delle condotte, sia nell'ipotesi in cui una circostanza aggravante comune rappresenti un elemento essenziale del reato o ne costituisca una circostanza aggravante speciale (art. 61, prima parte, c.p.), sia nel caso di reato complesso, che sussiste quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero per se stessi, reato (art. 84, comma 1, c.p.), tali disposizioni non sono, però, applicabili all'ipotesi in esame. Infatti, afferma chiaramente la Corte, “ l'ingresso e il soggiorno illegale sul territorio dello Stato non sono previsti dalla legge come elementi costitutivi della generalità dei reati, ma solo di quelli che attengono alla violazione delle norme in materia di immigrazione, di talchè il reato comune commesso dallo straniero in condizione irregolare non potrebbe considerarsi complesso, e come tale capace di assorbire la violazione dell'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998”.

Per quanto concerne, invece, il piano interpretativo, la formulazione testuale della disposizione di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., non consente un'interpretazione conforme a Costituzione, in base alla quale l'aggravante in esame dovrebbe applicarsi soltanto nei casi in cui la condotta criminosa sia stata agevolata dalla presenza illegale del reo sul territorio nazionale o il reato sia stato commesso per consentire l'ingresso o la permanenza illegale.

In definitiva, secondo la Corte, sebbene il legislatore, per effetto di una scelta politica non sindacabile in sede di controllo di legittimità costituzionale, possa prevedere l'applicazione di una pena per la violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori (sul punto, rinviandosi al paragrafo 4, si veda quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 250 del 2010, avente ad oggetto l'art. 10-*bis*, TUIM), non può, però, in via automatica e preventiva, introdurre un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve, invece, essere la conseguenza di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive.

Pertanto, dichiara la Corte, con l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., “ la qualità di immigrato irregolare (...) 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 d'autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento”.

Peraltro, per i giudici della Consulta, da tutto ciò ne consegue, oltre alla violazione da parte dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., del principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost, anche il contrasto con il principio di offensività, di cui all'art. 25, comma 2, Cost, secondo il quale un soggetto può essere penalmente sanzionato soltanto per le condotte

tenute e non per le sue qualità personali. Sebbene, infatti, la qualità di immigrato irregolare derivi da un originario comportamento trasgressivo del soggetto, che viola le disposizioni sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, tale condotta, a detta della Corte, non può ripercuotersi su tutti i comportamenti illeciti e successivi del soggetto, in assenza di qualsiasi legame con la trasgressione originaria.

La Corte, poi, ritiene del tutto inconferenti i richiami alle circostanze aggravanti relative allo stato di latitanza del reo (art. 61, numero 6, c.p.) ed alla recidiva (art. 99 c.p.), al fine di salvaguardare la legittimità costituzionale dell'aggravante, di cui all'art. 61, n.11-*bis*, c.p. Per quanto attiene al soggetto latitante, e a differenza di quanto avviene nel caso dell'aggravante di c.d. clandestinità, esso si trova in una situazione determinata da un provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente e alla cui esecuzione il soggetto si sottrae con scelta deliberata. In relazione alla recidiva poi, l'applicazione di tale circostanza è subordinata ad una sentenza definitiva di condanna per un delitto non colposo oltre che, secondo l'orientamento della prevalente giurisprudenza, all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale.

6. *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12, TUIM).*

L'art. 12 del TUIM (come sostituito dall'art. 11, comma 1, legge n. 189 del 2002, modificato dalla legge n. 271 del 2004 di conversione del d.l. n. 241 del 2004 e oggetto di ulteriori modifiche con legge n. 94 del 2009) prevede una serie di fattispecie incriminatrici volte a sanzionare ogni attività di assistenza ai flussi irregolari al fine di reprimere l'ingresso e la permanenza di stranieri privi dei prescritti requisiti di legge. Un carattere comune alle figure di reato disciplinate dall'art. 12 TUIM è il fatto che nell'oggetto della condotta sanzionata non rientra il comportamento tenuto dal migrante, il quale, secondo l'interpretazione maggioritaria, sarà da considerare quale soggetto passivo del reato, dovendosi escludere qualsiasi ipotesi di imputazione a titolo di concorso nel delitto di favoreggiamento dello straniero favorito, anche nel caso di una sua partecipazione consensuale e volontaria.

Le principali ipotesi di reato previste dall'art. 12 TUIM, così come riformato dalla legge n. 94 del 2009, sono: a) il favoreggiamento dell'ingresso clandestino o dell'emigrazione illegale di cui all'art. 12, comma 1; b) il favoreggiamento dell'ingresso clandestino o dell'emigrazione illegale qualificato dagli elementi costitutivi elencati nell'art. 12, comma 3, da lett.a) a lett.e); c) il favoreggiamento aggravato dell'ingresso clandestino o dell'emigrazione illegale di cui all'art. 12, comma 3-*ter*; d) il favoreggiamento della permanenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato di cui all'art. 12, comma 5; e) la cessione onerosa di un immobile allo straniero privo del titolo di soggiorno di cui all'art. 12, comma 5-*bis* (G. Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 91-118).

Per quanto attiene all'ipotesi delittuosa disciplinata dall'art. 12, comma 1, TUIM, essa punisce con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona, salvo che il fatto costituisca più grave reato, "chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente". La fattispecie delittuosa in esame costituisce, a ben vedere, un'ipotesi di delitto "a consumazione anticipata" il quale si perfeziona con il compimento di qualsiasi condotta caratterizzata dalla direzione verso il risultato previsto dalla norma e idonea a realizzare il pericolo per il bene tutelato, non essendo necessario il raggiungimento di tale risultato.

In linea con la giurisprudenza maggioritaria, nonostante sia irrilevante l'effettivo ingresso in modo clandestino nel territorio dello Stato, è necessario che l'attività favoreggiatrice sia diretta e concretamente idonea a realizzare lo scopo proprio del soggetto agente. Pertanto alla luce di un giudizio di prognosi postuma (e quindi *ex ante* valutando tutte le circostanze del caso concreto) gli atti posti in essere devono presentare la direzione e l'attitudine a conseguire il risultato voluto dall'agente. La novella del 2009 ha poi maggiormente tipizzato le tipologie di condotte rientranti nel delitto di favoreggiamento (promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato) facendo però salva la clausola generale di chiusura (ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato).

Nonostante il riconoscimento della natura del delitto di favoreggiamento quale reato di pericolo concreto, la giurisprudenza riconduce nell'ambito applicativo della fattispecie in esame anche le condotte agevolatrici compiute successivamente all'ingresso clandestino, sempre che tali contributi siano coordinati e presentino una cointeressenza a favorire l'ingresso illegale. Sul punto potrebbero sorgere dei dubbi intorno all'applicazione della diversa figura delittuosa del favoreggiamento alla permanenza illegale di cui all'art. 12, comma 5, TUIM. Secondo la giurisprudenza, il *discrimen* tra le due fattispecie è dato dal diverso contesto spazio temporale di realizzazione della condotta agevolatoria successiva all'ingresso, assumendo rilevanza quale favoreggiamento ai sensi del comma 1 dell'art. 12, TUIM, nell'ipotesi di realizzazione in un contesto spazio temporale contiguo all'ingresso (A. Peccioli, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 19 e ss.).

Altro requisito essenziale della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso clandestino è quello di illiceità speciale, dato dalla violazione delle disposizioni del TUIM, il quale, secondo un certo orientamento, sarebbe integrato non soltanto nelle ipotesi di violazione delle disposizioni relative all'ingresso clandestino nel territorio dello Stato ma anche qualora l'ingresso si sia realizzato nel rispetto delle disposizioni amministrative. In quest'ultimo senso si può pensare ad esempio all'ipotesi in cui il visto di ingresso sia stato richiesto o ottenuto in maniera fraudolenta o simulando l'esistenza dei requisiti necessari o ancora a quella di agevolazione della richiesta di

visto di ingresso per motivi di turismo da parte dello straniero immigrato, la cui permanenza si fonda, invece, su esigenze lavorative.

Per quanto concerne, invece, il delitto di emigrazione illegale, disciplinato dallo stesso comma 1 dell'art. 12 TUIM, e che si realizza con il compimento di atti diretti ad agevolare l'ingresso in un altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha la residenza abituale, in giurisprudenza si è posta la questione interpretativa in ordine alla rilevanza penale da assegnare all'ingresso in un altro Stato che avvenga per finalità di mero transito. Mentre un orientamento più risalente ha escluso la rilevanza penale di tali condotte di agevolazione sempre che risulti provato, attraverso elementi concreti che dimostrino la finalità del viaggio, che lo straniero clandestino sia diretto al proprio paese di origine, la giurisprudenza più recente ritiene, al contrario, irrilevanti la destinazione finale del passaggio attraverso l'Italia e il carattere momentaneo del soggiorno (A. Peccioli, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 19 e ss.).

Sul punto, peraltro, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale della norma in quanto si tratterebbe di disposizione indeterminata, il cui precetto sarebbe descritto attraverso il rinvio ad una legge straniera, non essendo indicato, nella fattispecie, quando un ingresso in altro Stato possa considerarsi illegale con ciò violando i principi di tassatività e determinatezza della norma penale, nonché la riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione. La Corte Costituzionale (con la recente sentenza n. 21 del 2009) ha però dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma ritenendo che il contrasto interpretativo riguardante il valore da assegnare all'ingresso in altro Stato per finalità di mero transito non è da imputare ad una mancanza di determinatezza della fattispecie.

Il comma 2 dell'art. 12, TUIM, prevede poi una speciale scriminante in base alla quale, fermo quanto previsto dall'art. 54 c.p., non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.

Ai sensi dell'articolo 12, comma 3, TUIM, viene punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona e salvo che il fatto costituisca più grave reato chiunque realizza una condotta assimilabile a quella analizzata di cui all'art.12, comma 1, TUIM, nel caso in cui: "a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti."

Con la riforma del 2009 la distinzione tra l'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 12 TUIM e quella di cui al comma 3 non è più, pertanto, data dalla volontà di trarre profitto dalle condotte di immigrazione ma dalla vincolatività delle condotte descritte dalla lett. a) alla lett.e) ex comma 3 dell'art. 12 TUIM. Ai sensi dell'art. 12, comma 3-ter, TUIM,

la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3: a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto.

Il comma 3-*quater* dell'art. 12 TUIM prevede inoltre che le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 c.p., concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti. Pertanto, in base all'interpretazione prevalente di tale disposizione, il giudice, laddove concorrano una circostanza attenuante ed una delle aggravanti tassativamente previste, dovrà, in primo luogo, applicare l'aumento di pena e sulla quantità di pena risultante potrà operare le diminuzioni di pena previste per le attenuanti ritenute sussistenti.

Per i delitti previsti dai commi 1 e 3 dell'art. 12 TUIM è poi prevista una attenuante speciale (comma 3-*quinquies* dell'art. 12 TUIM) per il coimputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori. Il concreto aiuto deve consistere nella indicazione di prove decisive per la ricostruzione di fatti, per la individuazione o cattura di uno o più autori del reato ovvero per la sottrazione di risorse alla consumazione ulteriore di reati.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 12 TUIM è obbligatorio l'arresto in flagranza nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 3 oltre ad essere prevista dall'art. 12, comma 4-*bis*, TUIM, l'applicazione della custodia cautelare in carcere quando sussistono gravi indizi di colpevolezza e salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. In base al disposto di cui al comma 4-*ter* dell'art. 12 TUIM è sempre disposta nei casi previsti dai commi 1 e 3 la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Fuori dalle ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso illegale delineate dall'art. 12, commi 1 e 3, TUIM, e salvo che il fatto costituisca più grave reato, viene punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a 15.493 euro "chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico". Il comma 5 dell'art. 12 TUIM disciplina quindi il favoreggiamento alla permanenza dello straniero in violazione delle norme del testo unico, che può realizzarsi attraverso due diverse modalità di realizzazione della condotta: a) il favorire la permanenza del clandestino nel territorio dello Stato al fine di trarre profitto dalla sua condizione di illegalità; b) il favorire la permanenza del clandestino nell'ambito delle attività punite ai sensi dell'art. 12 TUIM (M. Gambardella, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 83 e ss.).

Mentre, quindi, la prima ipotesi si incentra sul dolo specifico del profitto, non essendo necessario, ai fini della configurabilità del reato, il raggiungimento della finalità del profitto ingiusto, la seconda ipotesi prescinde dal dolo specifico e, rinviando alle

attività punite a norma del presente articolo, secondo l'orientamento dottrinario prevalente, fa riferimento alle attività previste dal comma 3-ter dell'art. 12 TUIM e cioè alla prostituzione o sfruttamento sessuale o sfruttamento di minori, etc.

Una figura particolare di favoreggiamento della permanenza irregolare dello straniero nel nostro paese è quella prevista dal comma 5-bis dell'art. 12 TUIM, che punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni "chiunque, a titolo oneroso al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione". La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato.

7. La violazione del divieto di reingresso (art. 13, commi 13 e 13-bis, TUIM).

Nelle ipotesi in cui sia stato adottato un provvedimento di espulsione amministrativo o giudiziario l'art. 13, commi 13 e 13-bis, TUIM, prevede, nel caso di trasgressione da parte dello straniero al divieto di reingresso, l'applicazione di una sanzione penale. In particolare nel caso di espulsione amministrativa il divieto di reingresso opera normalmente per dieci anni, sebbene nel decreto di espulsione può essere previsto un termine più breve, in ogni caso non inferiore a cinque anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia (art. 13, comma 14, TUIM). La violazione del divieto di reingresso in Italia da parte dello straniero, in assenza di una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno, configura un'ipotesi delittuosa punita con la reclusione da uno a quattro anni e determina una nuova espulsione dello straniero con accompagnamento immediato alla frontiera (art. 13, comma 13, TUIM).

Nella versione precedente alla legge n. 271 del 2004 la pena prevista per il reato era invece quella dell'arresto da sei mesi ad un anno con la conseguenza che era difficilmente giustificabile la previsione dell'arresto dell'autore (comma 13-ter, che originariamente era facoltativo e solo in flagranza mentre oggi è obbligatorio anche fuori della flagranza) rispetto ad una fattispecie il cui trattamento sanzionatorio non consentiva la misura della custodia cautelare. La Corte Costituzionale, chiamata a risolvere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-ter, TUIM, che prevedeva nel caso di indebito trattenimento dello straniero in Italia dopo l'ordine di accompagnamento alla frontiera, la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, ne ha rilevata l'irrazionalità per la previsione di una pena che non consente una misura cautelare, nonostante la previsione dell'arresto in flagranza. Poiché la fattispecie dichiarata incostituzionale era analoga a quella di cui all'art. 13, comma 13, TUIM, il legislatore con legge n. 271 del 2004 è intervenuto trasformando in delitto l'originaria ipotesi contravvenzionale (G. Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 119-171).

Affinchè la fattispecie di cui all'art. 13, comma 13, TUIM, possa trovare applicazione è necessario che vi sia stata una effettiva espulsione dal territorio dello Stato. Così, mentre essa è garantita nelle espulsioni disposte dal Ministro dell'Interno o dal prefetto (ai sensi del comma 4 dell'art. 13 TUIM l'espulsione viene sempre eseguita con "accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica), nel caso di espulsione per intimazione da parte del prefetto, qualora il permesso di soggiorno sia scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne sia stato chiesto il rinnovo (art. 13, comma 5, TUIM) o con ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni (art. 14, comma 5-bis, TUIM), è necessario che lo straniero abbia ottemperato all'ordine. In caso contrario, restando sul territorio dello Stato, lo straniero non realizza la fattispecie in esame, la quale si fonda su di una condotta di rientro illegale, presupponendo dunque l'effettiva fuoriuscita dal territorio. Peraltro, mentre in presenza dell'ordine del questore di cui all'art. 14, comma 5-bis, TUIM, il trattenimento da parte dello straniero sul territorio dello Stato viene sanzionato dal comma 5-ter, al contrario la violazione dell'intimazione di cui all'art. 13, comma 5, TUIM, non sembra poter ricadere nell'ambito applicativo di cui all'art. 14, comma 5-ter, TUIM (che si riferisce all'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis), senza violare il divieto dell'interpretazione analogica in *malam partem* delle norme incriminatrici (art. 25 Cost.; art. 14 disp. prel.; art. 1 c.p.), potendo per lo più trovare applicazione la norma di cui all'art. 650 c.p. (inosservanza dei provvedimenti dell'autorità) (M. Gambardella, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 83 e ss.).

Inoltre la seconda parte dell'art. 13, comma 13-bis, TUIM, prevede che nell'ipotesi in cui lo straniero, già denunciato ed espulso per il reato di cui al comma 13 dell'art. 13 TUIM, faccia nuovamente rientro nel territorio italiano, tale condotta sia punita con la pena della reclusione da uno a cinque anni, venendo di fatto incriminata la recidiva nella violazione del divieto di reingresso. La prima parte del comma 13-bis dell'art. 13 TUIM prevede poi la violazione del divieto di reingresso da parte dello straniero espulso mediante un provvedimento di espulsione del giudice (a titolo di misura di sicurezza o a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione ai sensi degli art. 15 e 16 del TUIM), comminando la pena della reclusione da uno a quattro anni.

La disposizione di cui al comma 13-ter dell'art. 13 TUIM che prevede per i reati di cui ai commi 13 e 13-bis l'arresto obbligatorio fuori dai casi di flagranza pone poi dei dubbi sulla sua legittimità costituzionale laddove impone all'autorità di pubblica sicurezza di arrestare taluno fuori della flagranza di reato, senza neppure motivare sulla necessità ed urgenza di farlo, in violazione del principio di cui all'art. 13 Cost., in base al quale una persona può essere privata della libertà personale solo in base ad atto motivato di un magistrato, salva l'ipotesi della flagranza (G. Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 119-171).

8. L'illegale permanenza nel territorio dello Stato (art. 14, commi 5-ter e 5-quater, TUIM).

L'art. 14, commi 5-ter e 5-quater, TUIM, prevede due ipotesi delittuose che si incentrano sulla trasgressione da parte dello straniero all'ordine del questore di abbandonare il territorio italiano entro cinque giorni, ex art. 14, comma 5-bis, TUIM. Pertanto, il presupposto applicativo di entrambe le fattispecie incriminatrici è rappresentato dall'impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione attraverso l'accompagnamento alla frontiera o il respingimento. Ciò avviene in presenza di una serie di circostanze individuate al comma 1 dell'art. 14 TUIM, ovvero quando "occorre 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". In presenza di una di queste circostanze che impediscono l'espulsione immediata, 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 i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica" (art. 14, comma 1, TUIM).

Il questore ordina con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni "quando non sia stato possibile trattenere lo straniero 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" (art. 14, comma 5-bis, TUIM). La violazione dell'ordine del questore di non trattarsi sul territorio dello Stato "senza giustificato motivo" 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'art. 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 (art. 14, comma 5-ter, prima parte, TUIM). La pena è, invece, 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 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 (art. 14, comma 5-ter, seconda parte, TUIM).

In entrambi i casi, 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 dell'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis (art. 14, comma 5-bis, terza parte, TUIM) (G. Guccione, *Le fattispecie penali d'immigrazione e le leggi di ratifica dei trattati di adesione all'Unione Europea*, in *Giust. pen.*, 2009, p. 16 e ss.).

La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-ter, TUIM, si incentra, pertanto, sulla condotta del permanere illegalmente senza giustificato motivo all'interno dello Stato italiano, trasgredendo all'ordine del questore di abbandonare il territorio dello Stato. Elemento essenziale nell'economia della fattispecie è rappresentato dal

“giustificato motivo” sulla cui natura ed estensione si è pronunciata la Corte Costituzionale (n. 5 del 2004) dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla violazione del principio di determinatezza della fattispecie (art. 25 Cost.) nei confronti del comma 5-ter dell’art. 14 TUIM.

In particolare, secondo la Corte, espressioni quali quelle del “giustificato motivo” rappresentano “clausole negative a carattere elastico destinate in linea di massima a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorchè – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l’osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi configgenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori”.

Secondo il giudice delle leggi pertanto “il carattere elastico della clausola si connette, nella valutazione legislativa, alla impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l’inosservanza del precetto. Una simile elencazione sconterebbe immancabilmente – a fronte della varietà delle contingenze di vita e della complessità delle interferenze dei sistemi normativi – il rischio di lacune: lacune che, peraltro, tornerebbero non a vantaggio, ma a danno del reo, posto che la clausola in parola assolve al ruolo, negativo, di escludere la punibilità di condotte per il resto corrispondenti al tipo legale” (G. Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell’immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 176-207).

Nell’ambito della fattispecie di cui all’art. 14, comma 5-ter, TUIM, l’ordine del questore, il quale ha nature di provvedimento amministrativo, costituisce elemento costitutivo. Il giudice, in particolare, ha il potere-dovere di controllare la legalità del provvedimento, avendo come parametri normativi gli artt. 13 e 14 del TUIM, con la conseguenza che la violazione dell’ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni assume rilevanza penale soltanto quando il provvedimento amministrativo risulti adottato in conformità dei presupposti legislativi che ne disciplinano l’emissione. In caso contrario l’illegittimità dell’ordine del questore comporta la disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice penale e l’assoluzione dell’imputato per insussistenza del fatto.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 223 del 2004, aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 5-*quienquies*, TUIM, in quanto prevedendo l’arresto obbligatorio per lo straniero trovato in Italia nonostante il provvedimento di espulsione non consentiva, poi, un provvedimento di custodia cautelare in carcere, non possibile per i reati contravvenzionali quale quello previsto nell’originaria versione dall’art. 14, comma 5-ter, TUIM (la trasformazione da fattispecie contravvenzionale a fattispecie delittuosa è avvenuta in sede di conversione del d.l. n. 241 del 2004). Secondo la Corte, infatti, prevedendosi l’arresto per un reato contravvenzionale, era prevista di fatto una misura fine a se stessa, che non avrebbe potuto trasformarsi né in una custodia cautelare né in altra misura coercitiva.

Come si è visto lo straniero che realizza la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 14 comma 5-ter, TUIM, deve essere nuovamente espulso attraverso

l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Ebbene, nel caso in cui lo straniero destinatario del nuovo provvedimento di espulsione e di un nuovo ordine di allontanamento continui a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, ai sensi dell'art. 14, comma 5-*quater*, TUIM. Secondo la giurisprudenza della Cassazione ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 14, comma 5-*quater*, TUIM, è necessario che il provvedimento di espulsione sia stato effettivamente eseguito e che successivamente lo straniero sia indebitamente rientrato in Italia, dovendosi escludere la sussistenza del reato nel caso in cui non si può provvedere alla esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ad esempio per indisponibilità di uomini e mezzi (M. Gambardella, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 83 e ss.).

9. *L'assunzione del lavoratore straniero privo del permesso di soggiorno (art. 22, comma 12, TUIM).*

L'art. 22, comma 12, TUIM, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato "il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato". Lo stesso trattamento sanzionatorio è, poi, previsto per "il datore di lavoro che occupa alle sue dipendenze, per lavori di carattere stagionale, uno o più stranieri privi del permesso di soggiorno per lavoro stagionale, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato" (art. 24, comma 6, TUIM). Con la modifica introdotta dalla legge n. 125 del 2008 si è passati dalla natura contravvenzionale a quella delittuosa della fattispecie in esame con la importante conseguenza che oggi è necessario il dolo dell'agente, cioè la coscienza e volontà dello stesso di occupare alle proprie dipendenze uno straniero, sapendo che egli si trova in talune delle situazioni previste dalla norma in relazione al permesso di soggiorno.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale il datore di lavoro non è soltanto l'imprenditore o colui che gestisce professionalmente un'attività di lavoro organizzata, ma anche il semplice cittadino che assume alle proprie dipendenze una o più persone per svolgere attività lavorativa subordinata di qualsiasi natura, a tempo determinato o indeterminato. Si ritiene, inoltre, che fino a quando il permesso non sia definitivamente rifiutato ma sia ancora in corso la pratica amministrativa ovvero la vertenza in sede giurisdizionale, l'occupazione dello straniero non sia perseguibile, e ciò fino a quando l'*iter* non sia concluso in maniera irrevocabile.

Per quanto attiene all'interpretazione del termine "occupa", secondo la prevalente opinione, esso non va inteso come riferito esclusivamente al momento dell'assunzione ma racchiude in sé l'idea del protrarsi nel tempo del rapporto di lavoro, e, pertanto, non è sufficiente che all'atto dell'assunzione il lavoratore sia munito di permesso di soggiorno, essendo necessario, bensì, che la sua validità persista per tutta la

durata del rapporto di lavoro (G. Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 241-253).

10. Espulsione dello straniero e processo penale (art. 13, commi 3, 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies, TUIM).

L'art. 13, commi da 3 a 3-*quinquies*, TUIM, disciplina, in maniera del tutto peculiare, il rapporto tra il procedimento penale, cui è sottoposto lo straniero, e il procedimento amministrativo volto all'esecuzione dell'espulsione dello stesso. Il meccanismo congegnato, ridisegnato dalla legge n. 189 del 2002, risponde alla prioritaria esigenza di garantire in tempi rapidi l'allontanamento dello straniero sottoposto a procedimento penale anche a discapito, da una parte, della pretesa punitiva dello Stato e, dall'altra, del diritto di difesa dell'imputato straniero, determinando così una sorta di sistema processuale penale speciale applicabile nei confronti degli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione (parla di "giusto processo minore" L. Parlato, *Aspetti processual-penalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un "giusto processo minore"?*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 356 e ss.).

In particolare, dichiarata con la legge n. 189 del 2002 l'immediata esecutività ed attuazione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica del decreto prefettizio, a prescindere da qualsiasi gravame o impugnativa proposta dall'interessato (art 13, comma 3, prima parte, TUIM), la problematica concernente i rapporti tra l'esercizio dell'azione amministrativa volta all'allontanamento dello straniero irregolare e la pretesa punitiva dello Stato nell'ipotesi in cui lo straniero sia sottoposto a procedimento penale è stata risolta nel senso di escludere che la pendenza di un procedimento penale possa in alcun modo risolversi in un'agevolazione della permanenza nel nostro territorio dello straniero indagato o imputato (G. Fumu, *Espulsione dello straniero e processo penale*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 111 e ss.).

Tale finalità è stata raggiunta dal legislatore attraverso lo strumento del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione che il questore è tenuto a richiedere all'autorità giudiziaria dopo aver adottato il decreto prefettizio di espulsione (il rilascio del nulla osta non è richiesto nel caso della fattispecie di cui all'art. 10-bis, TUIM, su cui si rimanda al paragrafo n. 4). Peraltro, mentre nella versione precedente alla novella introdotta dalla legge n. 189 del 2002, il rilascio del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria costituiva presupposto necessario per l'adozione dello stesso provvedimento di espulsione e poteva essere negato in presenza di generiche "inderogabili esigenze processuali", senza peraltro l'indicazione di alcun termine per il rilascio dello stesso, con la conseguente possibile paralisi dell'azione amministrativa, il quadro normativo è stato sostanzialmente modificato con la c.d. legge Bossi-Fini.

Attualmente, infatti, l'intervento dell'autorità giudiziaria attraverso il nulla osta non costituisce più presupposto del decreto prefettizio di espulsione ma solo condizione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo. Inoltre risulta essere ormai residuale lo spazio di discrezionalità assegnato all'autorità giudiziaria per il rilascio del nulla osta

(sulla cui natura amministrativa, in quanto inserito nell'ambito di un procedimento amministrativo, si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza 27 dicembre 1991 n. 492). Sono state, infatti, tipizzate le esigenze processuali che legittimano l'autorità giudiziaria a negare il rilascio del nulla osta e che devono essere tassativamente valutate "in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa". In presenza delle stesse, peraltro, "l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali." (art. 13, comma 3, seconda e terza parte, TUIM). E', poi, previsto un particolare meccanismo di silenzio-assenso, in base al quale il nulla osta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro sette giorni dalla data di ricevimento della richiesta (termine così ridotto rispetto al precedente di quindici giorni dalla legge n. 125 del 2008). Peraltro, ad evidenziare ancora di più la preferenza accordata dal legislatore all'interesse dell'allontanamento dello straniero irregolare rispetto a quello dell'esercizio della pretesa punitiva, il legislatore, con la legge n. 155 del 2005, ha abrogato il comma 3-*sexies*, il quale prevedeva, nelle ipotesi in cui si procedeva per uno dei delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., nonché dall'art. 12 TUIM, una presunzione di sussistenza dell'interesse statale alla presenza dello straniero sottoposto a procedimento penale, disponendo che non potesse essere concesso il nulla osta all'esecuzione dell'espulsione (G.Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè, 2008, p. 119-171).

L'autorità giudiziaria, che decide sulla richiesta di nulla osta avanzata dal questore, non può sindacare la legittimità del provvedimento amministrativo di allontanamento né può sostituirsi o surrogare la procedura giurisdizionale di controllo della legalità del procedimento di esecuzione disciplinata dall'art. 13, comma 5-*bis*, TUIM, ed attribuita alla competenza del giudice civile. Non potrà essere, pertanto, negato il rilascio del nulla osta da parte del giudice al fine di garantire il diritto di difesa dell'imputato o l'interesse ad una pronuncia assolutoria dello straniero, posto che il potere attribuito dalla legge all'autorità giudiziaria può essere esercitato solo in presenza delle tassative esigenze processuali individuate dal legislatore.

La tutela del diritto di difesa dello straniero irregolare sottoposto a procedimento penale ed espulso, pertanto, viene rimessa totalmente all'eccezionale meccanismo di cui all'art. 17 TUIM, in base al quale lo straniero "è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza. L'autorizzazione è rilasciata dal questore anche per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare su documentata richiesta della parte offesa o dell'imputato o del difensore". A ben vedere tale disposizione sembra inidonea a garantire pienamente l'inviolabile e fondamentale diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), sia in quanto l'istituto di cui all'art. 17 TUIM è destinato ad operare in via successiva all'avvenuta espulsione (risultando peraltro alquanto improbabile che lo straniero si trovi nelle condizioni economiche e materiali per fare rientro in Italia), sia perché, dal punto di vista oggettivo, la possibilità del rientro in Italia a fini difensivi è di fatto limitato alla fase del giudizio, con una conseguente limitazione del diritto di difesa nella fase delle

indagini preliminari e dell'udienza preliminare (rispetto ad esse la partecipazione dello straniero espulso è limitata al compimento di atti "per i quali è necessaria la sua presenza"). La sola eventuale e di difficile realizzazione partecipazione da parte dello straniero al processo penale incide, poi, negativamente sul principio del contraddittorio quale metodo di accertamento giurisdizionale delineato dall'art. 111 Cost., a causa dell'esclusione dei possibili contributi cognitivi dell'imputato e della persona offesa (S. Lorusso, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen e proc.*, 1S, 2009, p. 50 e ss.).

Nei casi di applicazione delle misure precautelari dell'arresto e del fermo o della custodia cautelare in carcere, invece, la legge attribuisce prevalenza, rispetto alla immediata espulsione dello straniero, alle esigenze cautelari che tali misure sono destinate a soddisfare, in considerazione della sostanziale neutralizzazione della presenza illegale che ne deriva. In particolare nel caso in cui lo straniero sottoposto a procedimento penale si trova sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere non sarà possibile il rilascio del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria (art. 13, comma 3, TUIM), salvo l'obbligo del giudice di provvedere sul rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione con il provvedimento con il quale revoca o dichiara l'estinzione della misura della custodia cautelare in carcere (art. 13, comma 3-ter, TUIM). Nell'ipotesi, invece, di arresto in flagranza o di fermo il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato (art. 13, comma 3-bis, TUIM) (G.Bellagamba e G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè, 2008, p. 119-171).

Una volta acquisita la prova dell'avvenuta espulsione, e se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere (art. 13, comma 3-quater, TUIM). Pertanto, in un'ottica deflattiva del carico di lavoro degli uffici giudiziari, qualora non sia ancora intervenuto il rinvio a giudizio, l'esecuzione dell'espulsione rappresenta una condizione negativa di procedibilità che il pubblico ministero o il giudice hanno l'obbligo di rilevare anche d'ufficio. Nel caso, invece, in cui sia stato disposto il rinvio a giudizio la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere è preclusa, con la conseguenza che, nonostante l'allontanamento dello straniero, la fase processuale non si interrompe e prosegue, potendo lo straniero rientrare nel territorio italiano al fine di esercitare il suo diritto di difesa nel processo solo nei limiti di cui all'art. 17 TUIM (nell'ipotesi di cui all'art. 10-bis, invece, non è previsto alcun limite temporale all'adozione della sentenza di non luogo a procedere; si rinvia la paragrafo n.4). Il meccanismo processuale incentrato sulla sentenza di non luogo a procedere evidenzia, così, come l'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.) sia influenzato indirettamente dal comportamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che decide liberamente sui modi e tempi dell'espulsione, senza contare la totale obliterazione del diritto dell'imputato ad ottenere una sentenza di proscioglimento nel merito (S. Lorusso, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen e proc.*, 1S, 2009, p. 50 e ss.).

La sentenza di non luogo a procedere costituisce, comunque, una pronuncia processuale priva di effetti preclusivi, come evidenziato dall'art. 13, comma 3-

quinqües, TUIM, in base al quale “ se lo straniero espulso rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dal comma 14 ovvero, se di durata superiore, prima del termine di prescrizione del reato più grave per il quale si era proceduto nei suoi confronti, si applica l’art. 345 del codice di procedura penale” e quindi l’azione penale può essere riproposta, senza alcuna necessità di revoca della precedente sentenza e con ripristino della custodia cautelare nel caso in cui lo straniero sia stato scarcerato per decorrenza dei relativi termini di durata massima (G. Fumu, *Espulsione dello straniero e processo penale*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 111 e ss.).