

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Immigrazione

La decisione

Immigrazione - Ingresso e soggiorno illegale - Compatibilità con la direttiva rimpatri - Attualità della rilevanza penale - Depenalizzazione (art. 10-*bis* d.lgs. 26 luglio 1998, n. 286).

La norma di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, che incrimina l'ingresso e il soggiorno illegale nel territorio dello Stato, non viola la Direttiva Europea cd. "rimpatri" (Direttiva Commissione CEE 16.12.2008, n. 115), e la fattispecie da essa descritta è ancora penalmente rilevante. La l. 67/2014, infatti, per la relativa abrogazione, ha conferito al governo una delega non ancora esercitata. Conseguentemente, fino all'emanazione dei decreti delegati le fattispecie oggetto di depenalizzazione non potranno mai essere considerate violazioni amministrative.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 29 ottobre 2014 (ud. 19 settembre 2014) - CORTESE, *Presidente* - NOVIK, *Relatore* - P.G., *ricorrente*.

Art. 10-*bis* D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286: La clandestinità è ancora reato

1. La Corte di cassazione si pronuncia su ricorso del Procuratore Generale presso la Corte di appello dell'Aquila avverso una sentenza di assoluzione dal reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato.

Il giudice di prima istanza, infatti, aveva assolto l'imputato - si legge nel dispositivo - «per il rilevato contrasto della normativa nazionale con la Direttiva rimpatri n. 115 del 2008 nella parte in cui, per consentire la facoltà del rimpatrio volontario dello straniero, subordina ogni provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale allo scadere del termine stabilito».

Di diverso avviso il Procuratore, che, richiamando una precedente pronuncia della Suprema Corte del 2011¹, nonché la nota sentenza della Corte costituzionale n. 250 del 2010 con la quale sono state ritenute «conformi a Costituzione le norme che puniscono l'ingresso irregolare dello straniero nel territorio dello Stato», sosteneva che il contrasto con la disciplina comunitaria fosse solo apparente e, pertanto, ricorreva in Cassazione per chiedere l'annullamento.

La Corte, dichiarato fondato il ricorso, annulla con rinvio la sentenza impugnata.

La brevità delle argomentazioni e l'ormai consueto ragionamento operato sulla

¹ Cass., Sez. I, 22 novembre 2011, Gueye, in *Mass. Uff.*, n. 251671.

compatibilità della disposizione interna con la normativa comunitaria, non rendono la sentenza degna di “particolare menzione”.

Tuttavia, l'interesse sorge per l'epilogo del dispositivo nel quale, per la prima volta dall'entrata in vigore della L. 28 aprile 2014, n. 67, la Corte si pronuncia sul reato di clandestinità, chiarendo un aspetto fondamentale circa la sua attesa “depenalizzazione”.

Si legge, infatti, che «per l'abrogazione di questo reato il Parlamento nazionale con la l. n. 67 del 2014 ha conferito al governo una delega, che non è stata ancora esercitata, per cui va da sé che fino all'emanazione dei decreti delegati le fattispecie oggetto di depenalizzazione non potranno essere considerate violazioni amministrative».

La pronuncia in esame, dunque, offre l'occasione per riflettere ancora una volta sulla fattispecie di cui all'art. 10-*bis*, che, per quanto “moribonda”, continua a destare perplessità anche nella sua veste squisitamente amministrativa.

Alcune riflessioni appaiono opportune.

2. Seppur brevemente, è necessario illustrare la fattispecie in oggetto.

L'art. 10-*bis* d.lgs. 286 del 1998 è stato introdotto dal cd. “pacchetto sicurezza” del 2009 (art. 1, co. 16, L. 15 luglio 2009, n. 94).

Rubricato «Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato», il primo comma sancisce che «salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 c.p.».

Dalla formulazione emerge chiaramente che autore del reato può essere solo lo straniero; un reato proprio, dunque, che si articola in due condotte tipiche, tra loro alternative e non concorrenti: la prima, attiva, si realizza quando lo straniero² «fa ingresso» nel territorio in violazione dell'art. 4 T.U. imm.; la seconda, invece, di natura omissiva, riguarda l'ipotesi in cui lo straniero «si trattiene» sul territorio, senza essere in possesso di un valido titolo di soggiorno.

Se non vi sono dubbi circa la natura istantanea dell'ingresso illegale, che si realizza nel momento e nel luogo in cui lo straniero varca i confini dello Stato

² Il riferimento esplicito al testo unico sull'immigrazione chiarisce ogni equivoco sui dubbi che potrebbero sorgere circa il contenuto della nozione di straniero; l'art. 1 del d.lgs. n. 286 del 1998, infatti, sancisce che per straniero s'intende «solo l'apolide e l'extracomunitario».

senza averne valido titolo³, qualche perplessità invece persiste circa la condotta relativa al soggiorno illegale. Sembra tuttavia corretta la tesi che riconosce la sua natura permanente, in ragione del perpetuarsi della situazione d'irregolarità del soggiorno cui lo straniero col suo comportamento non pone fine⁴.

Nonostante la natura contravvenzionale, sanzionato con un'ammenda che va da 5.000 a 10.000 euro, il reato non è obblazionabile. Tuttavia, il Giudice di Pace, che è competente per materia ai sensi dell'art. 16, co. 1, del medesimo decreto, può a titolo di sanzione sostitutiva disporre l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato⁵.

Questi pochi elementi sono sufficienti per cogliere come la fattispecie finisca per assolvere a un ruolo sostanzialmente ancillare rispetto all'attività amministrativa di allontanamento dal territorio dello Stato.

In tal senso depone anche la possibilità che il questore disponga l'espulsione senza che debba essere richiesto il nulla osta del giudice procedente, necessario invece per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale per ogni altra ipotesi di reato (art. 10-*bis*, co. 4, T.U. imm.), o la previsione per cui il giudice procedente, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione, debba pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

L'impressione, dunque, è che l'obiettivo del legislatore sia in realtà l'espulsione dell'immigrato e non la riscossione (molto improbabile!) dell'ammenda. Si spiegherebbe così anche la mancata previsione della scriminante del «giustificato motivo», presente invece nella vicina fattispecie di cui all'art. 14, co. 5-*ter* (violazione dell'ordine del questore di cui all'art. 14, co. 5-*bis* di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni)⁶, o di un termine entro il quale

³ Diversamente, se lo straniero è respinto ai valichi di frontiera, il reato non può dirsi perfezionato, seppure formalmente questi abbia effettivamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato. Così, CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, 2010, 80.

⁴ Un orientamento dottrinario minoritario, tuttavia, ha sostenuto che anche il soggiorno illegale abbia natura istantanea. Cfr. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, a. XLII, 2011, 2, 253.

⁵ Originariamente, il disegno di legge n. 773 sulla sicurezza pubblica aveva inquadrato la fattispecie addirittura come delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, con arresto obbligatorio in flagranza e l'instaurazione del rito direttissimo. Tuttavia, così facendo non solo si sarebbero intasati sensibilmente i tribunali, ma soprattutto le carceri, già di per sé affollatissime e stracolme. È anche vero che, attribuendo la competenza al giudice di pace, si è passati dal rischio del collasso del sistema penitenziario a un caos negli uffici del giudice di pace.

⁶ Cfr. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, 85, secondo cui in realtà la lacuna sarebbe un falso problema, altrimenti risolubile interpretativamente attraverso il richiamo estensivo del corpo delle scriminanti comuni, specialmente dell'art. 54 c.p. sullo stato di necessità.

adempire l'azione prescritta⁷.

Inevitabile, allora, che dinanzi a una fattispecie così foriera di dubbi, si interrogasse la Corte Costituzionale al fine di valutarne la conformità con i principi del nostro sistema.

3. Nella sua requisitoria, il P.G. richiama esplicitamente la pronuncia del 2010 della Corte costituzionale, e, più precisamente, la parte in cui aveva ritenuto conforme a Costituzione le norme che incriminano l'ingresso irregolare dello straniero nel territorio dello Stato.

I commenti a riguardo sono stati numerosi ed esaustivi⁸, e, pertanto, ci si limiterà a ripercorrere sinteticamente il ragionamento della Corte.

La pronuncia è successiva alla declaratoria d'illegittimità dell'art. 61, co. 11-*bis*, c.p. che, introdotto dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito con L. 24 luglio 2008, n. 125), prevedeva un aggravamento della pena qualora l'agente avesse «commesso il fatto mentre si trova illegalmente nel territorio nazionale». Si disse, allora, che il principio di ragionevolezza consentiva una diversità di trattamento solo se fondata su elementi che rendevano tale differenziazione ragionevole, e che la condizione giuridica dello straniero non poteva essere considerata «ragionevole» criterio di un trattamento sanzionatorio diversificato e peggiorativo⁹.

Già da tale impostazione, forse, si poteva scorgere che la valutazione della Corte sulla legittimità della fattispecie sarebbe stata favorevole. E, infatti, dichiarando le questioni sollevate in parte infondate e in parte manifestamente inammissibili¹⁰, la Corte ha ritenuto che «l'art. 10-*bis* T.U. imm., introducendo

⁷ Il riformato art. 14, co. 5-*bis*, ad esempio, prevede la concessione di un termine di giorni sette affinché lo straniero lasci il territorio dello Stato, pena, salvo giustificato motivo, la multa da 10.000 a 20.000 euro.

⁸ Cfr. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1384 e ss.; MATTEVI, *Sulla legittimità costituzionale del reato d'immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2011, 902 e ss.

⁹ Corte cost. n. 249 del 2010. La Corte, testualmente, si pronuncia in tal senso: «La *ratio* sostanziale posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere. (...) Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore».

¹⁰ In particolare, sulle ordinanze di remissione dei Giudici di pace di Torino e di Lecco, la Corte ha

nell'ordinamento la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, non penalizza una mera condizione personale e sociale, quella, cioè, di straniero "clandestino" (o, più propriamente irregolare), della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. La condizione di cd. clandestinità non è un dato preesistente ed estraneo al fatto ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita»¹¹.

Di fatto, dunque, la norma non incriminerebbe un "modo di essere" della persona, ma una condotta materiale che si realizza con l'ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato, una condotta lesiva dell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, che assumono la veste di «beni strumentali alla tutela di un complesso di beni pubblici finali di sicuro rilievo costituzionale, altrimenti compromessi dai fenomeni d'immigrazione incontrollata»¹². La Corte, così, attraverso una lettura "vagamente positivista di radice *kelseniana*"¹³, non solo esclude che l'incriminazione violi i principi di materialità e di necessaria offensività (art. 25, co. 2, Cost.), ma aggiunge che la configurazione della violazione come illecito penale (e non come mera infrazione amministrativa) rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore¹⁴.

L'approccio decisamente formale si ripete anche in relazione alla prospettata violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., esclusa dalla Corte in ragione della possibilità del giudice di differenziare la risposta sanzionatoria in relazione alla diversa gravità delle condotte.

ritenuto infondate le questioni sollevate con riferimento agli artt. 2, 3, 25, co. 2, 27, 97, co. 1 e 117 Cost., mentre ha ritenuto manifestamente inammissibili le questioni di legittimità sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, co. 2, e 27 Cost.

¹¹ Corte cost. n. 250 del 2010.

¹² Il problema è capire quali siano con precisione i beni pubblici finali suscettivi di essere compromessi dal fenomeno dell'immigrazione clandestina: la sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico e i vincoli internazionali parrebbero indicati come interessi pubblici da ponderare nella regolamentazione della materia, ma il riferimento è sfuggente e indiretto. Cfr. MATTEVI, *Sulla legittimità costituzionale del reato di immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2011, 4, 902.

¹³ Così MORSELLI, *Diritto e procedura*, cit., 92.

¹⁴ Cfr. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1384.

Tranne qualche voce isolata¹⁵, la condanna della dottrina è stata unanime¹⁶. Tacciata di legittimare un “diritto penale della disegualianza” modellato su fuorvianti fattori politici e ideologici¹⁷, la sentenza si connota per lo sforzo, fragile sul piano logico come su quello argomentativo, di ricondurre il reato di clandestinità nell’ambito del diritto penale del fatto.

Invero, la forzatura argomentativa emerge soprattutto riguardo al rapporto intercorrente tra la normativa nazionale e quella comunitaria, ambito nel quale la Corte costituzionale evita di addentrarsi sulla base del rilievo che, stante (all’epoca del giudizio) la pendenza del termine per l’adeguamento dell’ordinamento nazionale alla direttiva 2008/115/CE fissato per il 24 dicembre 2010, non era ancora possibile prospettare un contrasto tra disposizioni¹⁸.

La scelta di non pronunciarsi sulla questione, per quanto “fortunosa”, ha trovato tuttavia la sua ragione alcuni anni dopo, quando sul contrasto con la disciplina sovra-nazionale, si è pronunciata la giurisprudenza europea che, contro ogni attesa, non ha mai ravvisato profili d’incompatibilità.

4. Già nel 2011 la Cassazione si era pronunciata sulla compatibilità della normativa nazionale con quella europea, e in quell’occasione aveva ritenuto che la fattispecie contravvenzionale di cui all’art.10-*bis* T.U. imm. non fosse incompatibile con la direttiva rimpatri, dal momento che «questa non comporta alcun

¹⁵ Cfr. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, 1334; convinto che la nuova incriminazione si muova nel solco di un diritto penale del fatto e non già del tipo d’autore, l’autore sostiene che l’incostituzionalità sarebbe rinvenibile più che altro nella violazione del principio di sussidiarietà. La vera sanzione del reato, infatti, è l’espulsione che, però, essendo già prevista dal diritto amministrativo negli stessi casi e con le stesse modalità di esecuzione, costituisce una sovrapposizione tra diritto penale e diritto amministrativo che mal si concilia con la natura di *extrema ratio* del primo.

¹⁶ Cfr. MASERA, *Corte Costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit.; MORSELLI, *La corte agnostica*, in *Diritto penale dell’immigrazione*, Napoli, 2011, 91 e ss.; CHERCHI, *Il diritto dell’immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati propri dello straniero*, in *For. quad. cost.*, 2012, 9 e ss.

¹⁷ Cfr. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen. proc. Speciale immigrazione*, 2009, 50 e ss., nel quale l’autore rimarca come la disciplina processuale del fenomeno dell’immigrazione clandestina si caratterizzi per l’alto grado di politicità.

¹⁸ A chiarimento, la direttiva cd. “rimpatri” 2008/115/CE è stata recepita solo nel 2011 con il d.l. n. 89, convertito con modificazioni dalla l. n. 129 del 2011 (in G.U. n. 181 del 5 agosto 2011). Si è violato in tal modo il termine ultimo concesso per il suo recepimento fissato al 24 dicembre 2010, e, per tale ragione, l’Italia è stata condannata dalla Corte di Giustizia nella sentenza “El Dridi” del 2011 (28 aprile 2011, C-61/11).

intralcio alla finalità perseguita dalla direttiva»¹⁹.

Questa lettura, per quanto oggetto di numerose contestazioni, ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che, con la sentenza “Sagor”²⁰ prima, e con la sentenza “Mbaye” poi, ha ravvisato “l’allineamento” tra i due ordinamenti.

Nel caso “Sagor”, la questione relativa all’eventuale incompatibilità dell’art. 10-*bis* T.U. imm. con la direttiva 2008/115/UE (c.d. direttiva rimpatri) verteva su due specifici profili: da un lato, la previsione della sostituibilità della pena pecuniaria, da parte dello stesso giudice di pace che pronuncia la sentenza di condanna, con la misura dell’espulsione dello straniero per un periodo non inferiore a cinque anni (art. 16, co. 1, d.lgs. n. 286 del 1998; art. 62-*bis* d.lgs. n. 274 del 2000)²¹; dall’altro, la previsione della conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nell’obbligo di permanenza domiciliare da eseguirsi di regola durante il fine settimana, salva l’ammissione al lavoro sostitutivo²².

Quanto alla prima ipotesi, la Corte ha osservato che – in linea di principio – «la direttiva non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che sanziona il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con una pena pecuniaria sostituibile con la pena dell’espulsione». Tuttavia, la Corte condanna la scelta del legislatore di non indicare un termine per la partenza volontaria, previsto invece dall’art. 7 direttiva, e derogabile soltanto nelle ipotesi eccezionali previste dal § 4 dello stesso articolo²³ (tra cui, in particolare, quello del pericolo di fuga).

Quanto alla seconda, la Corte afferma che l’obbligo di permanenza domiciliare risulta d’ostacolo all’esecuzione del rimpatrio, soprattutto qualora la disciplina nazionale «non preveda che l’esecuzione della permanenza domiciliare debba

¹⁹ Cass., Sez. I, 22 novembre 2011, Gueye, cit.

²⁰ Corte giust. UE, Sez. I, 6 dicembre 2012, Sagor.

²¹ Tuttavia, l’espulsione può essere disposta sempre che non ricorrano le condizioni ostative di cui all’art. 14, co. 1, d.lgs. n. 286 del 1998, e cioè «quando sia necessario procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari relativi la sua identità (...) o per indisponibilità del vettore o altro mezzo di trasporto idoneo».

²² Ex artt. 53 e 55 d.lgs. n. 274 del 2000.

²³ Ai sensi dell’art. 7, § 4, della direttiva, la concessione del termine può essere derogata «se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta giacché manifestamente infondata o fraudolenta o se l’interessato costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale» (§§ 40-41 della motivazione).

cessare dal momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento dello straniero» (§ 45); lascia però «al giudice del rinvio di esaminare se esista, nella normativa nazionale, una disposizione che fa prevalere l'allontanamento sull'esecuzione dell'obbligo di permanenza domiciliare» (§ 46); in assenza di una tale disposizione, conclude la Corte, bisognerebbe ritenere che «la direttiva osta a che un meccanismo di sostituzione della pena dell'ammenda con l'obbligo di permanenza domiciliare, del tipo previsto agli artt. 53 e 55 d.lgs. n. 274 del 2000, sia applicato a cittadini di paesi terzi in soggiorno irregolare» (§ 46)²⁴.

Nonostante le censure, la Corte conclude per la legittimità della normativa nazionale, dichiarando che «la direttiva non si propone di armonizzare integralmente le norme degli Stati membri sul controllo dell'immigrazione irregolare, e non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione». Dunque, fermo restando che l'eventuale disciplina penale «non può compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115, privando così quest'ultima del suo effetto utile», l'art. 10-*bis* non rallenta né ostacola la procedura amministrativa di rimpatrio.

In realtà, la sentenza “Sagor” conferma un precedente orientamento cui la Corte era approdata con il caso “Achughbabian”²⁵ del 2011. Già in quell'occasione, infatti, la Corte, chiamata a valutare la compatibilità del reato di clandestinità previsto dall'ordinamento francese²⁶, attraverso il richiamo al principio già affermato nella sentenza El Dridi per cui la direttiva «non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di un reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione» (§ 28), aveva ritenuto che il legislatore dello Stato membro fosse libero di configurare la clandestinità come reato, nel limite in cui però il ricorso

²⁴ Il legislatore, sul punto, è intervenuto con la l. europea 2013-*bis*, introducendo all'art. 13 T.U. imm. il nuovo co. 3-*septies*, secondo cui «nei confronti dello straniero sottoposto alle pene della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità per i reati di cui all'art. 10-*bis* o all'articolo 14, co. 5-*ter* e 5-*quater*, l'espulsione prevista dal presente articolo è eseguita in ogni caso e i giorni residui di permanenza domiciliare o di lavoro di pubblica utilità non eseguiti si convertono nella corrispondente pena pecuniaria secondo i criteri di ragguaglio indicati nei co. 2 e 6 dell'art. 55 d.lgs. n. 274 del 2000».

²⁵ Corte di Giustizia UE, Grand Chambre, 6 dicembre 2011, Achughbabian (causa C-329/11).

²⁶ In particolare, il reato di clandestinità nell'ordinamento francese è previsto dall'art. 621.1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo (*CESEDA*), che sanziona con le pene congiunte della reclusione (di un anno) e dell'ammenda (di 3.750 euro) lo straniero che sia entrato o abbia soggiornato in Francia in assenza di documenti o visti richiesti, o che, se maggiorenne, vi sia trattenuto per un periodo superiore a tre mesi senza munirsi del permesso di soggiorno.

al diritto penale non pregiudicasse l'obiettivo di un rimpatrio efficace e rispettoso dei diritti fondamentali della persona.

Ebbene, a dire della Corte, tale obiettivo sarebbe stato sacrificato qualora, avviata la procedura di rimpatrio, questa avesse subito interruzioni necessarie per condurre alla reclusione l'immigrato, imputato del reato di clandestinità²⁷.

In altre parole, l'intervento del diritto penale troverebbe la sua legittimità solo prima che abbia inizio la procedura di rimpatrio, e quindi nella fase preliminare di quella procedura, che può, come nell'ordinamento francese, contemplare l'arresto o il fermo dello straniero, allo scopo di identificarlo o evitarne la fuga.

Ciò posto, era inevitabile che la Corte Europea censurasse la disciplina italiana solo nella parte in cui prevedeva la conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nell'obbligo di permanenza domiciliare. È rimasta isolata, così, la tesi sostenuta in dottrina²⁸ che la sentenza "Achughbalian" avesse voluto ascrivere «l'effetto ostativo all'efficace realizzazione delle finalità della direttiva alla previsione non solo di una pena detentiva applicabile nel corso della procedura comune di rimpatrio, ma anche al procedimento penale che l'applicazione di qualsiasi pena necessariamente presuppone» (nel nostro caso, pecuniaria).

Effettivamente, non sembra vi sia spazio per sostenere che il procedimento penale per il reato di clandestinità "ritardi" o "osti" alla procedura di rimpatrio dello straniero irregolare, eccezion fatta, ovviamente, per l'ipotesi di conversione²⁹. Da un lato, infatti, per l'espulsione dello straniero non si richiede il nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria, dall'altra, il giudice procedente, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione, pronuncia sentenza di non luogo a procedere (art. 10-*bis*, co. 5, TU imm.)³⁰.

Comunque, la recente sentenza "Mbaye"³¹ del 2013 ha fugato ogni dubbio; la

²⁷ La procedura appena richiamata è quella prevista dall'ordinamento francese, nel quale il reato di clandestinità comporta l'instaurazione di un procedimento penale che può condurre alla reclusione *nel corso* del procedimento di rimpatrio disciplinato dalla Direttiva, di fatto ritardandolo o comunque pregiudicandone l'efficacia.

²⁸ Cfr. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers. La Corte di Giustizia dichiara il reato d'ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla "Direttiva Rimpatri"*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹ Cfr. GATTA, *Il Reato di Clandestinità (art. 10-bis T.U. imm.) e la "Direttiva Rimpatri"*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁰ La pronuncia della sentenza di non luogo a procedere è disposta dal comma 5 dell'art. 10-*bis*, T.U. imm.

³¹ Corte giust. UE, Sez. III, ord. 21 marzo 2013, Mbaye.

Corte di Giustizia, infatti, ha confermato la propria giurisprudenza sull'art. 10-*bis*, ribadendo che la direttiva cd. rimpatri non osta né alla sussistenza del reato di clandestinità, né alla celebrazione del relativo giudizio penale, né alla conseguente condanna a pena pecuniaria, né infine alla sostituzione di questa con la pena dell'espulsione immediata, purché quest'ultima sia disposta nei limiti di cui all'art. 7, § 4, della direttiva”.

5. L'epilogo della sentenza offre lo spunto per chiarire un aspetto ancora in ombra: l'art.10-*bis*, al momento, costituisce “ancora” una fattispecie contravvenzionale, sanzionata con un’ammenda da 5.000 a 10.000 euro, sostituibile con la misura dell’espulsione *ex art.* 16 T.U. imm.

La l. n. 67 del 2014³², infatti, ha predisposto solo una delega al governo affinché questo «abroghi, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-*bis* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia» (art. 2, co. 3, lett. b, rubricato «deleghe al governo per la riforma sanzionatoria»).

Orbene, tale delega non è stata ancora esercitata, per cui va da sé, dice la Corte epilogando, che fino all’emanazione dei decreti delegati la fattispecie, per quanto oggetto di prossima depenalizzazione, non costituisce una violazione amministrativa.

La scelta legislativa di porre fine all’infelice esistenza del reato di clandestinità non può che essere salutata con favore. In linea con le indicazioni della dottrina maggioritaria, che notoriamente sin dall’entrata in vigore della norma incriminatrice ne ha evidenziato il carattere meramente simbolico e la sostanziale inutilità nella direzione del contrasto all’immigrazione irregolare³³, la depenalizzazione costituisce una svolta nella politica criminale dell’ultimo decennio. La

³² La L. 28 aprile 2014, n. 67, (in G.U. 2 maggio 2014), rubricata «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili», con l’obiettivo di ridurre il fenomeno inflattivo-penalistico misura il processo di maturazione della consapevolezza nel legislatore del progressivo amplificarsi di quel fenomeno, negativo sia in termini di governo sociale e di politica criminale che di amministrazione della giustizia, di debordante criminalizzazione delle condotte conseguente a un’eccessiva “ipertrofia” del sistema delle norme penali.

³³ Cfr. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale di diritti, in *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Milano, 2009, 31 e ss., cui si rinvia anche per l’illustrazione degli effetti riflessi reali dell’incriminazione in termini di pregiudizio ai diritti fondamentali dello straniero

politica “securitaria” di stampo populista, volta a garantire il controllo sociale attraverso la punizione di soggetti percepiti come nemici della sicurezza, ha finito per definire “un diritto penale del nemico”³⁴ (*Feindstrafrecht*) incentrato sull’autore piuttosto che sul fatto, sulla pericolosità in luogo della colpevolezza, su una funzione neutralizzatrice della pena in luogo di quella rieducativa sancita dalla Costituzione³⁵; in altre parole, un modello che, alternativo e complementare al diritto penale ordinario, finisce per costituire un “non diritto” che si colloca al di fuori delle garanzie costituzionali³⁶.

Eppure, in tempi di sostanziale crisi della democrazia, la scelta di incriminare il clandestino è diventata un *leitmotiv* di tutti gli Stati europei. Basti pensare che in Germania la clandestinità è sanzionata con la reclusione da 1 a 3 anni, in Francia fino a 1 anno e un’ammenda di 3.750 euro e nel Regno Unito fino 6 mesi³⁷.

A confronto, sembra quasi che il nostro legislatore sia stato il più “comprenditivo”.

Ma cosa si nasconde dietro una stigmatizzazione così ostile dei “diversi” proiettata in tante scelte normative nazionali? Innegabile che dietro la legislazione in

irregolarmente presente sul territorio nazionale; MASERA, VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, in www.pena-lecontemporaneo.it.

³⁴ Un diritto penale del nemico, così come elaborato da G. Jacobs, si caratterizza sostanzialmente per tre elementi: un’anticipazione della soglia di punibilità (con conseguente valutazione prognostica anziché retrospettiva), pene irrogate sproporzionate e garanzie processuali relativizzate, se non anche eliminate. È evidente, quindi, l’emersione di un diritto penale avente un carattere punitivo e simbolico, in cui la fattualità cede il posto alla personalità e provenienza dell’autore. Cfr. MELLÀ, “*Diritto penale*” del nemico? in *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 79 e ss.

³⁵ Cfr. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Umanità e razionalità del diritto penale, Raccolta degli scritti di F. Mantovani*, Padova, 2008, 1183.

³⁶ Sarebbe inverosimile, infatti, sostenere la tesi di qualificare il diritto penale del nemico come “terza velocità” del sistema penale, caratterizzata dalla coesistenza di pene privative della libertà con una certa “flessibilizzazione” dei principi politico-criminali e dei requisiti d’imputazione. In questo senso, SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en la sociedades post industriales*, 1 ed., 1999, 2° ed. 2001; traduzione italiana della prima edizione: *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di Militello, Giuffrè, Milano, 2004. Secondo la posizione dell’autore, infatti, attualmente si stanno differenziando due “velocità” all’interno dell’ordinamento giuridico-penale: la prima velocità connoterebbe quel settore dell’ordinamento caratterizzato dall’imposizione di pene privative della libertà, nel quale deve assicurarsi il rigoroso rispetto dei principi politico criminali; la seconda velocità connoterebbe, invece, quelle infrazioni punite soltanto con pene pecuniarie o interdittive in relazione alle quali si potrebbe ammettere una flessibilizzazione, proporzionale alla minore gravità delle sanzioni, di tali regole e principi classici.

³⁷ In Europa, la clandestinità è sanzionata in via amministrativa solo in Spagna, Portogallo, Paesi Bassi, Austria, Finlandia e Lussemburgo; nei restanti Paesi, la disciplina continua ad avere carattere penale.

materia d'immigrazione si radichi un sentimento tristemente diffuso di negazione ed emarginazione del clandestino, "un razzismo strisciante" che svela purtroppo un retroterra culturale datato nel tempo e che, muovendo patologicamente da premesse errate, tende ad auto legittimarsi in nome di valori "alti e nobili" da perseguire ad ogni costo (si pensi, ad esempio, alla sicurezza). In questo contesto, il legislatore ha "colto l'occasione" per utilizzare il *topos* della sicurezza come veicolatore, o comunque catalizzatore emozionale di consenso³⁸.

Insomma, in nome d'istanze securitarie "paranoiche"³⁹, si è permesso che fossero attuate politiche sanzionatorie lontane dai canoni minimali di un diritto penale democratico, e più vicine a un diritto di polizia penalmente armato.

Sorge spontaneo, allora, chiedersi quale sia, sempre che vi sia, il rimedio che possa frenare legislazioni così teleologicamente improprie.

Invero, spostando l'indagine dal piano sociologico, e ritornando a quello giuridico, non si può non rilevare come esistano fonti internazionali che, al contrario, sembrano "tollerare" (per non dire legittimare) le ricordate scelte dei legislatori nazionali in tema di immigrazione.

È curioso, a tratti sospetto, ad esempio rilevare quanta poca attenzione sia stata posta "sulla" e "dalla" Carta E.d.u. al fenomeno migratorio; architrave delle moderne costituzioni fondate sui diritti inviolabili dell'uomo, mai come in quest'ultimo decennio di evoluzione socio-tecnologica invocata per estendere tutele e libertà, proprio con riguardo al problema delle immigrazioni incontrollate sembra invece tacere, se non avvalorare l'opzione incriminatrice. "L'anzianità" della Carta, risalente agli anni in cui il problema era opposto (e cioè gestire le migrazioni in uscita, e non certo in entrata) potrebbe scusare, ma non è altrettanto scusabile né giustificabile l'interpretazione resa e l'applicazione fatta di quelle poche disposizioni che affrontano il fenomeno.

In particolare, si sta facendo riferimento all'art. 5, § 1 lett. f), della Carta E.d.u.

³⁸ Cfr. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 3/4, 2012, 435-444; sulla "questione stranieri" si è sottolineato, inoltre, che «l'ondata emotiva in favore della sicurezza non sempre è accompagnata da un'analoga ondata emotiva a favore della legalità, con il rischio di derive autoritarie o di stampo populista» (in riferimento al XXIX congresso dell'Associazione nazionali magistrati, Roma, 6-8 giugno 2008, v. COLMEGNA, *Giustizia, sicurezza, legalità*, in *Quest. giust.*, 2008, 4, 146-147).

³⁹ Si assiste a un processo di «costruzione tautologica della paura» che, attraverso un ragionamento deduttivo che nasce dalla convinzione che gli stranieri siano una minaccia per i cittadini, porta a conclusioni esasperate. Cfr. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, 1999, 74.

nella parte in cui consente la privazione della libertà personale finalizzata a impedire l'ingresso nel territorio dello Stato clandestinamente o quando sia in corso un procedimento di espulsione o di estradizione⁴⁰.

La portata della norma resta ancora abbastanza oscura. In tal senso la giurisprudenza della Corte EDU non aiuta. Chiamata a interpretare il senso della prima parte dell'art. 5 § 1 lett. f) nella parte in cui considera "regolare" la detenzione dello straniero al fine di impedire che penetri irregolarmente nel territorio dello Stato⁴¹, la Grande Camera si è espressa nel senso che «fin quando uno Stato non ha autorizzato l'ingresso sul suo territorio, questo è da considerarsi irregolare, e la detenzione di un individuo che desidera entrare nel paese senza godere ancora del necessario permesso è legittima in quanto volta ad impedire che l'interessato entri irregolarmente». Naturalmente la detenzione deve rispondere alla *ratio* dell'art. 5, che mira a tutelare l'individuo rispetto all'arbitrio delle autorità statali e che va al di là della semplice conformità al diritto nazionale, richiedendo anche che quest'ultimo sia conforme alla C.E.D.U.⁴²

Quale che sia la corretta lettura della disposizione, resta il dato fattuale: legislatore si è sentito libero di gestire il fenomeno migratorio attraverso una "geopolitica" punitiva di natura proibizionistica⁴³ che, dati alla mano, si è dimostrata assolutamente fallimentare. L'inadeguatezza di risposte improntate alla mera opzione penale ha nel contempo imposto una breve riflessione sulla scelta degli strumenti più idonei a fronteggiare la clandestinità. Non è mancato chi, a tal

⁴⁰ Più correttamente, si fa riferimento all'art. 5, co. 1, l. f. della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre del 1950 e ratificata dall'Italia con la L. 4 agosto 1955, n. 848. La disposizione in esame testualmente sancisce che «nessuno può essere privato della sua libertà, eccetto nel caso in cui si tratta dell'arresto o della detenzione legittima di una persona per impedirle di entrare nel territorio clandestinamente o contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione».

⁴¹ Corte e.d.u., Grande Camera, 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito.

⁴² Nella pronuncia in esame la Corte europea ha avuto modo di precisare i criteri in base ai quali deve verificarsi la non arbitrarietà di una misura restrittiva della libertà personale: 1) la detenzione deve essere disposta in buona fede; 2) deve essere strettamente legata allo scopo consistente nell'impedire a una persona di entrare irregolarmente nel territorio; 3) il luogo e le condizioni della detenzione devono essere appropriati, dato che una simile misura si applica non a soggetti che hanno commesso reati, ma a stranieri che sovente, temendo per la loro vita, fuggono dal loro paese; 4) infine, quanto alla ragionevole durata, la detenzione non può eccedere il tempo necessario a raggiungere lo scopo perseguito. Così se la procedura non è condotta con la dovuta diligenza, la detenzione cessa di essere giustificata (§§ 90 ss.).

⁴³ Così DONINI, *Il cittadino extracomunitario: "da oggetto materiale a tipo d'autore" nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, 101-133.

proposito, ha suggerito di riformare il Codice penale alla luce di quel cambiamento di paradigma criminologico che ha privato la struttura del *Tatbestand* del suo referente naturale⁴⁴.

Tuttavia, l'opzione "chirurgica" della depenalizzazione sembra essere la migliore, in quanto, attraverso un'attenuazione della risposta sanzionatoria, ha il privilegio di incentivare lo spazio riservato al diritto amministrativo. Invero, ciò che davvero cambierebbe con un inquadramento giuridico diverso della fattispecie, sarebbero i riflessi sull'intero statuto dell'immigrato. Si travolgerebbero, cioè, tutti quegli effetti esistenziali devastanti che la scelta incriminatrice porta con sé: si pensi, ad esempio, all'obbligo di denuncia gravante sul pubblico ufficiale e sull'incaricato di un pubblico servizio – «il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferire, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni» – ai sensi, rispettivamente, degli artt. 361 e 362 c.p., che di fatto comporta una sorta di "desertificazione esistenziale" del clandestino, capace pertanto sì di sposarsi ma non di dichiarare un figlio all'anagrafe o di iscriverlo a scuola, incapace di prendere in fitto un appartamento, di denunciare un'aggressione e così via⁴⁵.

In altre parole, il clandestino tornerebbe a essere una "persona"⁴⁶ con diritti e doveri!

Dunque, alla luce della delega contenuta nella l. n. 67 del 2014, manterrebbero rilievo penale solo (o ancora, dipende dai punti di vista!) le condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia. Fra queste, in particolare, emerge il delitto d'illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13, co. 13, T.U. imm.) che, anche dopo la sentenza "El Dridi" della Corte di Giustizia UE e la complessiva riscrittura del T.U. imm. ad opera del d.l. n. 89 del 2011, continua a essere sanzionato con la reclusione da uno a quattro nelle

⁴⁴ Così PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1239.

⁴⁵ Cfr. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, cit., 435- 444; stimolante l'identificazione ad opera dell'autore dell'immigrato irregolare con la solitudine del "cane kalkiano" con il quale "Il processo" di Franz Kafka si chiude.

⁴⁶ La censura linguistica è una delle forme più comuni di annullamento delle persone. Essa corrisponde sul piano delle pratiche discorsive all'invisibilità sociale di alcune categorie di esseri umani trattati come "non-persone"; darne una definizione non è semplice. In inglese, la parola *non person* ha un significato specifico che non trova riscontro nelle principali lingue europee, e che però è abbastanza eloquente. Secondo il dizionario *Webster*, indica «a person that usually for political or ideological reasons is removed from recognition or consideration», una persona cioè che, solitamente per ragioni politiche e ideologiche, è esclusa da ogni riconoscimento o considerazione.

ipotesi base, da uno a cinque nei casi di reingresso illecito⁴⁷.

Per quanto graduale, la riforma è in atto. Dopo circa dieci anni di “esasperazione”, sembrerebbe prendere corpo la consapevolezza che sia necessaria un po’ di riflessione. Una riprova dell’inversione di tendenza è rappresentata anche dalla Legge europea 2013 *bis*⁴⁸ che, sebbene passata sotto il pressoché totale silenzio dei media nazionali, all’art. 3 contiene un’importante riforma in tema di detenzione amministrativa per gli stranieri irregolari. Il legislatore, infatti, per la prima volta, è intervenuto non per aumentare i limiti massimi della detenzione nei C.I.E. (Centri di identificazione e espulsione), ma per ridurli, passando da un massimo di 18 mesi, introdotto nel 2011, a un termine improrogabile di 3 mesi, o addirittura di soli 30 giorni quando l’espellendo abbia già trascorso almeno 3 mesi di carcere: il termine massimo di detenzione nei CIE è dunque stato ridotto di 6 volte nelle ipotesi generali, e addirittura di 18 nei casi di stranieri già detenuti per altra causa⁴⁹.

A ciò si aggiunga che la recente legge n. 10 del 2014 (di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 recante «misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria») ha previsto l’operatività del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (art. 7), anche all’interno dei C.I.E., attribuendogli la facoltà di accedere senza restrizione alcuna in qualunque locale (com. 5, lett. e) e operare i relativi controlli in merito alle condizioni cui sono costretti a vivere i clandestini.

Insomma, il taglio con il passato sembra prossimo. Nonostante non vi fossero obblighi internazionali da rispettare, il legislatore, dapprima con la “delegata” depenalizzazione, e poi con la recentissima legge europea, mostra una maturità che prima non aveva, e cioè la consapevolezza che l’utilizzo dello strumento penale per tutelare beni giuridici nascenti da fenomeni legati all’immigrazione non è imprescindibile, e che, anzi, può risultare solo controproducente. C’è il

⁴⁷ Sul punto si attende la pronuncia della Corte di Giustizia UE, chiamata dal Tribunale di Firenze (rinvio pregiudiziale depositato in data 22.5.2012, II sez. penale, dott. Bouchard, imputato C.S.) a giudicare la sua compatibilità con la direttiva cd. “rimpatri”; cfr. L. Masera, *Approda alla Corte di Giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13 com.13 T.U.Im)*, su Diritto Penale Contemporaneo, Luglio 2014

⁴⁸ L. 30 ottobre 2014, n. 161 recante «Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2013-bis» (in G.U., 10 novembre 2014, n. 261).

⁴⁹ Cfr. MASERA, *Ridotto da 18 mesi a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?*, in www.penalecontemporaneo.it.

timore diffuso in dottrina, infatti, che sia proprio la disciplina restrittiva e fortemente proibizionistica a produrre il problema⁵⁰; il diritto penale non è peraltro legittimato a sanzionare i singoli in quanto parti di un fenomeno, né il problema può essere eluso ricorrendo all'argomento dell'offesa apprezzabile determinata al bene giuridico dalla somma delle condotte pulviscolari dei singoli. Anzi, il modello stesso dell'offesa cumulativa denota un'insostenibile – e evidentemente illegittima – strumentalizzazione del singolo per il perseguimento di obiettivi politico-sociali.

In tal senso, d'altronde, muove la depenalizzazione, che tuttavia, di per sé sola, non può certamente risolvere un problema che, avendo radici sociali, culturali, politiche profonde e fortemente intrecciate fra loro, richiede *input* decisamente maggiori.

Probabilmente solo un ripensamento “costituzionalmente orientato” del clandestino può costituire la “chiave di svolta” per una regolamentazione più umana di un fenomeno che allo stato non si può sconfiggere, ma che si può certamente gestire “meglio”.

GIUSEPPE ALESCI

⁵⁰ Sull'inefficacia di una legislazione restrittiva in materia d'immigrazione cfr. già il documento *Per una legislazione giusta ed efficace sull'immigrazione (Osservazioni e proposte di Magistratura democratica, Giuristi democratici e Associazione studi giuridici sull'immigrazione)*, in *Quest. giust.* 1996, 895; v. inoltre *Magistratura democratica - associazione studi giuridici sull'immigrazione, Dieci punti per una nuova politica sull'immigrazione. Una svolta possibile e necessaria*, *ivi*, 2006, 1083; v. inoltre CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, 222.