

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di MARCO ANTONIOL

diritto dell'immigrazione MA20

CLAUDIA MARIA ARDITA

LA DIRETTIVA RIMPATRI



**gli effetti della
Direttiva
2008/115/CE
sul sistema
penale
delle espulsioni**

**Prefazione di
Raimondo Provvidenza**

EXEO edizioni

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf: 978-88-95578-67-5

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di MARCO ANTONIOL
diritto dell'immigrazione MAZO

Claudia Maria Ardita

La Direttiva Rimpatri

**Gli effetti della Direttiva
2008/115/CE sul sistema
penale delle espulsioni**

Prefazione di Provvidenza Raimondo

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-67-5



fax: 049 9710328 – tel: 049 9710328 martedì e giovedì 12:30 > 14:00
e-mail: amministrazione@territorio.it

Il diritto dell'immigrazione costituisce una scoperta alquanto recente per il nostro ordinamento. Il diritto dell'immigrazione è allora costituito dall'incontro di più branche del diritto: da qui il suo fascino in quanto lo stesso consente all'interprete di effettuare una analisi interdisciplinare, non limitata ad un determinato settore. La Direttiva Rimpatri costituisce un argomento nuovo ed interessante, il cui percorso evolutivo è tratteggiato nella presente opera in modo originale ed innovativo, soffermandosi su tutte le sfaccettature in cui incide la stessa. L'opera si articola in V capitoli, ognuno di essi è preceduto da una breve premessa volta a guidare il lettore alla comprensione delle maggiori problematiche relative a ciascun capitolo. Il capitolo I introduce i profili generali in materia di diritto dell'immigrazione ed in particolare espone in modo esaustivo la disciplina dell'espulsione, regolata dal D.lgs. 286/1990, prima del recepimento della Direttiva Rimpatri. Il capitolo II mira a delineare i rapporti tra l'ordinamento penale e quello comunitario, studiando le possibili interazioni tra gli stessi. Il capitolo III è, invece, dedicato al recepimento della Direttiva Rimpatri nel nostro ordinamento attraverso un esame degli strumenti normativi con cui è avvenuto l'adeguamento del sistema nazionale al diritto comunitario. Il capitolo IV, di particolare rilevanza, si interroga circa gli effetti della Direttiva Rimpatri nel sistema penale dell'espulsioni, soffermandosi in modo critico sulla situazione *ante* e *post* Direttiva Rimpatri. Infine, il capitolo V persegue l'ambizioso obiettivo di delineare le prime linee guida volte a guidare l'operatore del diritto alla corretta applicazione della disciplina dell'espulsioni a seguito del recepimento della Direttiva Rimpatri.

Copyright © 2011 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa ad esclusivo uso personale del soggetto abbonato, e comunque mai a scopo commerciale. Il pdf può essere utilizzato esclusivamente dall'acquirente, nei propri dispositivi di lettura, e dai suoi più stretti collaboratori professionali. Ogni diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque, totale o parziale di contenuti è vietata senza il consenso scritto dell'editore.

edizione: novembre 2011 - collana: AVANGUARDIA GIURIDICA, a cura di Marco Antoniol

materia: diritto dell'immigrazione - tipologia: studi applicati - formato: digitale, pdf

codice prodotto: MA20 - ISBN: 978-88-95578-67-5- prezzo: € 40,00

immagine in copertina: "Embarking", James Newton Adams, Oil on canvas

autore: Claudia Maria Ardita, Avvocato del Foro di Venezia, specialista per le professioni legali, dottoranda in diritto dell'Unione Europea presso l'Università di Ferrara

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova – sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD casella postale 76/A 35028 Piove di Sacco PD info@exeoedizioni.it. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a direzione@exeoedizioni.it.



professionisti

pubblica amministrazione

www.territorio.it - www.exeoedizioni.it

SOMMARIO

| | |
|---|-----------|
| PREFAZIONE | 7 |
| INTRODUZIONE | 8 |
| 1. <i>Introduzione</i> | 8 |
| 2. <i>Piano dell'opera</i> | 8 |
| CAPITOLO I - PROFILI GENERALI..... | 10 |
| SEZIONE I - LA DISCIPLINA DELL'ESPULSIONE | 10 |
| 1. <i>Premessa</i> | 10 |
| 2. <i>La disciplina interna in materia di espulsioni</i> | 12 |
| 2.1. <i>Expulsione amministrativa</i> | 13 |
| 2.2. <i>Expulsione a titolo di misura di sicurezza</i> | 16 |
| 2.3. <i>Expulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione</i> | 17 |
| 2.4. <i>Le nuove tipologie di espulsioni introdotte dalla L. 94/2009</i> | 21 |
| 3. <i>L'esecuzione delle espulsioni amministrative</i> | 24 |
| 4. <i>L'influenza della Direttiva Rimpatri sulla disciplina in materia di espulsioni. Rinvio</i> | 25 |
| SEZIONE II - I REATI COLLEGATI ALL'ESPULSIONE: DIRITTO PENALE VS. DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE | 27 |
| 1. <i>Diritto penale vs. Diritto dell'immigrazione: considerazioni generali</i> | 27 |
| 2. <i>La Corte Costituzionale disse vulgò per tutti i diritti umani, l'interprete rispose rule per tutti il principio di materialità del fatto. L'aggravante di clandestinità</i> | 28 |
| 3. <i>La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale</i> | 34 |
| 4. <i>L'art. 14 comma 5-ter</i> | 39 |
| 4.1. <i>L'art. 14 comma 5-ter: tra disapplicazione e giustificato motivo</i> | 40 |
| 4.2. <i>Applicazione del giustificato motivo oltre i casi dell'art. 14, comma 5-ter</i> | 45 |
| CAPITOLO II - DIRITTO PENALE E DIRITTO COMUNITARIO | 49 |
| SEZIONE I - PROFILI E LIMITI DELL'INTERVENTO DEL DIRITTO COMUNITARIO IN MATERIA PENALE | 49 |
| 1. <i>Premessa</i> | 49 |
| 2. <i>Natura assoluta o relativa della riserva di legge: profili e limiti di intervento del diritto comunitario</i> | 49 |
| 2.1. <i>Segue efficacia diretta ed efficacia riflessa</i> | 52 |
| 3. <i>Esiste un diritto penale europeo? Considerazione ante Trattato di Lisbona</i> | 53 |
| 3.1. <i>La diversa tesi della Commissione Europea</i> | 54 |
| 3.3. <i>Le obiezioni del Consiglio UE</i> | 56 |
| 3.4. <i>La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia</i> | 57 |
| 4. <i>Il Trattato di Lisbona</i> | 58 |
| 5. <i>La sentenza El Dridi: regola o eccezione?</i> | 59 |
| SEZIONE II - LA DIRETTIVA RIMPATRI: DISCIPLINA E AMBITO DI APPLICAZIONE | 62 |
| 1. <i>La Direttiva rimpatri: disciplina e ambito di applicazione</i> | 62 |
| 2. <i>Decisione di rimpatrio e allontanamento dello straniero</i> | 66 |
| 3. <i>I profili di contrasto tra la Direttiva Rimpatri e la disciplina del TU immigrazione</i> | 69 |
| 4. <i>La disciplina del trattenimento nei centri di permanenza temporanea</i> | 70 |
| 5. <i>I delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore</i> | 72 |

| | |
|---|-----------|
| SEZIONE III - IL DIBATTITO IN DOTTRINA CIRCA LA NATURA SELF-EXECUTING DELLA DIRETTIVA RIMPATRI | 76 |
| 1. <i>Considerazioni generali</i> | 76 |
| 2. <i>Le tesi in dottrina e in giurisprudenza circa la natura della Direttiva Rimpatri</i> | 78 |
| 3. <i>La Corte di giustizia sposa la tesi dell'immediata applicabilità della Direttiva</i> | 84 |

| | |
|--|-----------|
| CAPITOLO III - IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA RIMPATRI | 88 |
| 1. <i>Premessa</i> | 88 |
| 2. <i>Il decreto legge 23 giugno 2011 n. 89</i> | 88 |
| 3. <i>Il rimpatrio immediato dello straniero</i> | 89 |
| 4. <i>La partenza volontaria e le misure utili per scongiurare il pericolo di fuga</i> | 91 |
| 5. <i>Il trattenimento</i> | 93 |
| 6. <i>L'inottemperanza all'ordine di allontanamento</i> | 96 |
| 7. <i>Il divieto di reingresso</i> | 98 |
| 8. <i>La Circolare del capo della Polizia c.d. Circolare Manganelli</i> | 99 |
| 9. <i>La Legge di conversione</i> | 103 |

| | |
|---|------------|
| CAPITOLO IV - L'IMPATTO DELLA DIRETTIVA RIMPATRI SUI REATI DI CUI ALL'ART. 14 COMMA 5-TER E 5-QUATER TU IMMIGRAZIONE | 105 |
| 1. <i>Premessa</i> | 105 |
| 2. <i>Gli effetti della sentenza El Dridi sul sistema penale italiano</i> | 105 |
| 3. <i>Profili di diritto penale intertemporale. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per il delitto di cui all'art. 14 comma. 5-ter TU immigrazione e sulle relative determinazioni del p.m.</i> | 107 |
| 4. <i>La sorte degli ordini di allontanamento emessi prima e dopo il termine di recepimento, secondo la tesi della natura non self-executing della Direttiva Rimpatri</i> | 115 |
| 5. <i>La tesi degli effetti della sentenza El Dridi per la tesi secondo cui la Direttiva Rimpatri non incide sulla disposizione penale. Cenni</i> | 117 |
| 6. <i>L'impatto della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per reati diversi da quelli di cui all'art. 14 comma 5-ter TU immigrazione</i> | 118 |
| 7. <i>Gli effetti della sentenza El Dridi sulle sentenze definitive di condanna per i delitti di cui all'art. 14 TU immigrazione</i> | 123 |
| 8. <i>La nuova formulazione dell'art. 14 comma 5-ter del Decreto 89/2011 e profili di diritto penale intertemporale</i> | 127 |

| | |
|--|------------|
| CAPITOLO V - PRIME LINEE GUIDA PER LE AUTORITÀ GIUDIZIARIE E AMMINISTRATIVE | 132 |
| 1. <i>Premessa</i> | 132 |
| 2. <i>Obblighi gravanti sulle autorità amministrativa prima e dopo il Decreto n. 89, 23 giugno 2011</i> | 132 |
| 3. <i>Obblighi gravanti sui giudici ordinari</i> | 135 |
| 4. <i>Le comunicazioni delle Procure</i> | 137 |
| 4.1. <i>Le Comunicazioni del Procuratore della Repubblica di Roma, 7 febbraio 2011 e del Procuratore della Repubblica di Milano, 11 marzo 2011</i> | 137 |
| 4.2. <i>Nota del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione, 5 Maggio 2011</i> | 139 |
| 4.3. <i>Le comunicazioni delle altre Procure</i> | 139 |

| | |
|--|------------|
| ALLEGATI: TAVOLA SINOTTICA | 143 |
| ALLEGATI: DIRETTIVA 2008/ 115/ CE | 173 |
| BIBLIOGRAFIA | 185 |
| SITOGRAFIA..... | 187 |
| ATTI DEI CONVEGNI | 188 |

PREFAZIONE

La disciplina dell'immigrazione costituisce per le istituzioni il banco di prova in cui si misura la capacità della normativa penale ed amministrativa a realizzare il giusto contemperamento tra la tutela della sovranità statale e la politica interculturale volta all'integrazione della straniero, attraverso la sua omogeneizzazione nel tessuto sociale.

La materia dell'immigrazione ha, tuttavia natura anodina ed insidiosa ed è soggetta a repentine modifiche, lasciando talvolta gli operatori istituzionali confusi in un coacervo di soluzioni dottrinali e giurisprudenziali.

L'opera dell'autrice Claudia Maria Ardita delinea con sorprendente chiarezza l'irto percorso che la Direttiva Rimpatri ha dovuto affrontare prima di approdare nell'ordinamento nazionale.

Di tutto interesse è il capitolo IV che affronta con particolare spirito critico gli effetti prodotti dalla Direttiva Rimpatri sugli ordini di allontanamento emessi ai sensi dell'art. 14 D.lgs. 286/1998, specificando non solo il destino degli ordini emessi dopo il termine di recepimento della Direttiva Rimpatri, ma anche di quelli emessi antecedentemente, questione attualmente fortemente dibattuta non solo presso le sedi giudiziarie ma anche nelle rispettive sedi amministrative.

Di particolare pregio poi sono le indicazioni contenute nelle Prime Linee Guida delineate nel capitolo V dell'opera che affrontano i profili tecnici degli effetti della Direttiva Rimpatri nella disciplina interna dell'espulsioni, fornendo utili soluzioni per affrontare le problematiche che quotidianamente interessano i nostri uffici.

L'opera costituisce pertanto il *trait d'union* tra le tesi dottrinali, che animano il dibattito tra gli accademici e le necessità dell'operatore pratico del diritto, che ogni giorno deve fornire una risposta alla più variegata domande che i cittadini dei paesi terzi pongono agli Uffici Territoriali del Governo.

PROVVIDENZA RAIMONDO
PREFETTO DI FERRARA

INTRODUZIONE

1. Introduzione

Il diritto dell'immigrazione costituisce una scoperta alquanto recente per il nostro ordinamento. Storicamente e giuridicamente lo stesso nasce dalla necessità di tutela delle frontiere statali, come ultimo baluardo della sovranità degli Stati.

Il diritto dell'immigrazione è allora costituito dall'incontro di più branche del diritto: da qui il suo fascino in quanto lo stesso consente all'interprete di effettuare una analisi interdisciplinare, non limitata ad un determinato settore.

La natura transfrontaliera di quello che è chiamato il diritto degli stranieri impone un'approfondita conoscenza del diritto dell'Unione Europea che influenza sempre di più il diritto dell'immigrazione, costringendo gli Stati ad un'opera di adattamento continuo.

La Direttiva Rimpatri costituisce un argomento nuovo ed interessante, il cui percorso evolutivo sarà tratteggiato nella presente opera in modo originale ed innovativo, soffermandosi su tutte le sfaccettature in cui incide la stessa.

2. Piano dell'opera

L'opera si articola in V capitoli, ognuno di essi è preceduto da una breve premessa volta a guidare il lettore alla comprensione delle maggiori problematiche relative a ciascun capitolo.

Per rendere la lettura più agevole i capitoli sono suddivisi in sezioni, che se pur dotate di una certa autonomia si ricollegano al tema trattato nel capitolo di pertinenza.

Il capitolo I introduce i profili generali in materia di diritto dell'immigrazione ed in particolare espone in modo esaustivo la disciplina dell'espulsione, regolata dal D.lgs. 286/1990, prima del recepimento della Direttiva Rimpatri.

Il capitolo II mira a delineare i rapporti tra l'ordinamento penale e quello comunitario, studiando le possibili interazioni tra gli stessi.

Il capitolo III è, invece, dedicato al recepimento della Direttiva Rimpatri nel nostro ordinamento attraverso un esame degli strumenti normativi con cui è avvenuto l'adeguamento del sistema nazionale al diritto comunitario.

Il capitolo IV, di particolare rilevanza, si interroga circa gli effetti della Direttiva Rimpatri nel sistema penale dell'espulsioni, soffermandosi in modo critico sulla situazione *ante* e *post* Direttiva Rimpatri.

Infine, il capitolo V persegue l'ambizioso obiettivo di delineare le prime linee guida volte a guidare l'operatore del diritto alla corretta applicazione della disciplina dell'espulsioni a seguito del recepimento della Direttiva Rimpatri.

CAPITOLO I PROFILI GENERALI

SEZIONE I LA DISCIPLINA DELL'ESPULSIONE

1. *Premessa*

Negli ultimi anni l'Italia da paese tradizionalmente di emigranti si è trasformata in paese di immigrati: ne è scaturita l'esigenza di approntare misure idonee a far fronte a tale fenomeno. In prima linea si pone il D.lgs. 286/98 (di seguito TU immigrazione) volto a contemperare la tutela dei confini statali con la regolazione dei flussi migratori.

La disciplina in commento è rivolta ai c.d. migranti economici, non potendo la disciplina *de qua* essere applicata agli stranieri richiedenti diritto d'asilo o ai rifugiati. Per quest'ultimi il pericolo di essere sottoposti a persecuzioni per motivi di razza, lingua, religione, opinioni politiche esclude la possibilità di emettere nei loro confronti provvedimenti di espulsione.

L'art. 10, comma secondo, della Carta Costituzionale, dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Il legislatore ha dunque voluto introdurre una riserva di legge c.d. "rinforzata".

In particolare, la norma costituzionale oltre a prevedere che la materia sia regolata da una legge emanata dal Parlamento e non da un atto normativo secondario, "rinforza" la riserva disponendo che il contenuto delle norme sul trattamento dello straniero sia conforme alle regole e ai principi dettati in questo ambito dal diritto internazionale.

Invero tale riserva è rimasta disattesa fino al 1998 ed il trattamento degli stranieri è stato caratterizzato dall'uso di fonti non legislative alquanto lacunose e disomogenee¹.

La materia dell'immigrazione è stata per la prima volta disciplinata in un testo organico il 6 marzo del 1998 dalla legge n. 40, anche nota come "legge Turco-Napolitano" contenente la «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero». Successivamente questa è stata trasfusa nel decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286, intitolato «Testo unico delle disposizioni concernenti la

¹ Si ricorda che la condizione giuridica dello straniero in Italia è stata regolata fino agli anni novanta da una disciplina legislativa lacunosa, cui corrispondeva un'ampia discrezionalità amministrativa. La disciplina dell'allontanamento, in particolare, è contenuta in alcune disposizioni del Testo unico di pubblica sicurezza (TULPS), che contemplano istituti dai confini non ben delineati ed affidati alla competenza di diverse autorità statali.

disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero». In data 31 agosto con Decreto del Presidente della Repubblica n. 394 è stato infine emanato il «Regolamento recante norme di attuazione del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

Nell'ottica dell'attuazione della proclamata *ratio*, espressa nella relazione governativa, di «giustificare l'ingresso e la permanenza nel territorio nazionale dello straniero per soggiorni duraturi», il TU immigrazione ha subito la sua modifica attualmente più rilevante ad opera della L. 189/2002, conosciuta come legge "Bossi-Fini", la quale ha introdotto norme finalizzate a rendere più celeri ed effettive le procedure di espulsione.

Sotto tale profilo si è prevista l'immediata esecutività del decreto di espulsione e sono state stabilite nuove e diverse modalità di esecuzione, ossia l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, nonché l'introduzione di nuove figure di reato, come quelle di cui agli artt. 13 comma 13-*bis*, 14 comma 5-*ter* e comma 5-*quater*.

Ulteriore inasprimento si è avuto con la L. 271/2004, che, recependo le indicazioni dettate dalla sentenza n. 223/2004 della Corte Costituzionale (la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-*quinquies*, che prevedeva l'arresto obbligatorio per fattispecie in origine contravvenzionali), ha ripristinato l'arresto obbligatorio per i reati *ex* art. 14 comma 5-*ter* e comma 5-*quater*.

La L. 271/2004 ha, altresì, trasformato le contravvenzioni in commento in delitti, così da ritenere soddisfatti i limiti minimi per l'adozione di misure precautelari².

Relativamente al regime sanzionatorio, ulteriori inasprimenti hanno riguardato la durata del divieto di reingresso senza autorizzazione del Ministro dell'Interno (passata da 5 a 10 anni) e la pena prevista per la trasgressione (dalla originaria pena di due a sei mesi di arresto si è passati a quella di sei mesi ad un anno di arresto) e si è operata una perfetta parificazione tra trasgressione al divieto di reingresso conseguente ad un'espulsione amministrativa (in origine contravvenzione) e la trasgressione conseguente all'espulsione disposta dal giudice, punite con l'identica pena della reclusione da uno a quattro anni.

Infine, si è elevato il massimo edittale per il delitto di cui all'art. 13 comma 13-*bis* (da quattro a cinque di reclusione), con inevitabili riflessi sul piano processuale³.

Per mera comodità esplicativa nel presente capitolo si tratterà della disciplina in materia di espulsioni antecedente al recepimento della direttiva 2008/115/CE (di seguito solo Direttiva Rimpatri), mentre nel capitolo IV ci si soffermerà sugli effetti della Direttiva Rimpatri sull'istituto dell'espulsione.

² Consentendo altresì di superare le perplessità di quanti avevano evidenziato l'incostituzionalità di un arresto cui non poteva seguire una misura cautelare coercitiva (art. 280 c.p.p.).

³ Infatti, per tutti i reati di cui ai commi 13 e 13-*bis* dell'art. 13, TU immigrazione, è ora obbligatorio l'arresto, eseguibile peraltro anche fuori dai casi di flagranza, mentre è stato eliminato il riferimento al fermo.

2. La disciplina interna in materia di espulsioni

Il TU immigrazione sotto un profilo giuridico – filosofico non sostituisce «alla logica dell'esclusione della fortezza assediata quella dell'integrazione». Tale asserzione si giustifica alla luce della lettura della struttura normativa delle espulsioni. In particolare, il legislatore non ha inteso collocare l'espulsione in una logica residuale dimostrando in tal modo di non volersi distaccare dalla tradizionale filosofia del fenomeno migratorio come questione di ordine pubblico⁴.

In materia di espulsioni la legge 30 luglio 2002, n. 189, c.d. legge “Bossi-Fini”⁵ è intervenuta attraverso la tecnica della c.d. novellazione e dei c.d. inserti normativi a modificare profondamente la condizione dello straniero, presente nel territorio nazionale, incidendo in tal modo sulla stratificazione del tessuto normativo venutosi a formare in base alle norme tanto di fonte interna quanto soprannazionale (ed in particolare comunitaria).

A seguito della novella citata i presupposti e le procedura di espulsione sono regolati dagli artt. 12 e 15 del TU immigrazione.

La riforma, se da una parte apporta elementi di indubbia novità e di rilievo nella disciplina in materia di espulsione, introducendo fattispecie del tutto inedite, quale l'espulsione a titolo di «sanzione alternativa alla detenzione», dall'altra ridefinisce i contorni di istituti già esistenti quali l'espulsione amministrativa e giudiziaria.

L'espulsione assume, alla luce della variegata casistica in cui la stessa può essere adottata, natura proteiforme che rende vano qualsiasi tentativo di razionalizzazione del quadro classificatorio dell'istituto in esame. L'espulsione quale sanzione amministrativa, penale o di misura di sicurezza è infatti comminata dall'ordinamento in rapporto ad una serie quanto mai indefinita e disomogenea di fattispecie.

Detta indefinitezza, quanto meno dal punto di vista della terminologia giuridica del concetto di espulsione, ha creato non pochi problemi ed incertezze nel momento applicativo, in quanto ciascuna delle misure sopra enunciate, sia pur ricondotte sotto il comune denominatore della nozione di “espulsione”, è disciplinata dal legislatore secondo principi, presupposti e procedure diverse.

Tale confusione “normologica” riflette invero la confusione in cui si imbatte l'interprete quando si accinga a comprendere la *ratio* di siffatto istituto. *Ratio* che può rintracciarsi tanto in finalità preventive, quanto repressive quanto ancora deflative dell'affollamento carcerario.

⁴ A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Questione Giustizia*, 1999, 3, p. 428.

⁵ Con la pubblicazione nella G.U. del 27 agosto 2002 è stata introdotta nell'ordinamento, nel testo approvato dal Senato della Repubblica l'11 luglio 2002, la legge 30 luglio 2002, n.189, recante norme di «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo» meglio conosciuta come legge “Bossi-Fini”, la quale, tra l'altro, detta nuove regole in materia di espulsione dello straniero.

In considerazione delle anomalie che si presentano nelle diverse forme di espulsione adottate dal TU immigrazione appare opportuno soffermarsi, se pur brevemente, sulle varie tipologie di espulsione, conferendo particolare attenzione all'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 TU immigrazione che ha subito pesanti modifiche prima ad opera della legge "Bossi-Fini" e successivamente dalla Direttiva Rimpatri.

2.1. Espulsione amministrativa

L'art. 13 TU immigrazione disciplina l'espulsione amministrativa. Invero la disposizione in esame contempla plurevoli ipotesi di espulsione amministrativa.

Anzitutto il comma 1 dell'articolo in commento prevede che per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'Interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per gli Affari Esteri.

In secondo luogo l'articolo in esame prevede che il decreto di espulsione sia emesso dal prefetto in presenza delle circostanze di cui al comma 2 lett. a); b); c) del medesimo articolo. Quest'ultime fanno riferimento all'espulsione amministrativa disposta dal prefetto nei confronti dello straniero "clandestino" che, entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, non è stato respinto (espulsione per ingresso clandestino, art. 13, comma 2, lett. a). L'espulsione amministrativa ai sensi della lett. b) comma 2 dell'articolo in parola prevede, altresì, che la stessa sia disposta dal prefetto nei confronti dello straniero "irregolare" che si trovi sul territorio privo del permesso di soggiorno. La predetta ipotesi di espulsione colpisce: (i) lo straniero che al suo ingresso non abbia richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti (a meno che il ritardo non sia dipeso da forza maggiore); (ii) lo straniero al quale sia stato annullato o revocato il permesso di soggiorno; (iii) lo straniero in possesso di permesso di soggiorno scaduto da più di 60 giorni durante i quali non abbia richiesto il rinnovo dello stesso⁶.

⁶ Riguardo all'ipotesi di espulsione nei confronti dello straniero che non abbia richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 820, 30 marzo 1999, ha precisato che la mancata richiesta del permesso di soggiorno non legittima di per sé l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale. In presenza dell'inadempimento alla richiesta del permesso di soggiorno nel termine prescritto dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza deve valutare le ragioni di ordine pubblico che consigliano l'eventuale allontanamento dello straniero. Allorché questi abbia instaurato una normale condizione di vita e ciò sia noto all'autorità amministrativa, secondo il Consiglio di Stato, l'interesse ad un ordinato vivere civile non può ritenersi compromesso dal solo comportamento omissivo di oneri previsti dalla legge e l'espulsione dello straniero deve ritenersi irragionevole. Nel caso dell'espulsione dello straniero in possesso di permesso di soggiorno scaduto da più di 60 giorni durante i quali non abbia richiesto il rinnovo, la Corte di Cassazione con sentenza n. 6374, 28 maggio 1999, è pervenuta a conclusioni analoghe a quelle del Consiglio di Stato.

Infine, la terza ipotesi di espulsione amministrativa disciplinata dalla lett. c), comma 2, art. 13 TU immigrazione, riguarda l'espulsione per sospetta pericolosità sociale dello straniero. In tale evenienza l'espulsione può essere disposta, ove ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione (in base all'art. 1, legge 1423 del 27 dicembre 1956, come sostituito dall'art. 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327 o all'art. 1 della legge antimafia n. 575 del 31 maggio 1965, come sostituito dall'art. 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646)⁷.

In particolare l'espulsione può essere adottata nei confronti: (i) dello straniero ritenuto abitualmente dedito a traffici delittuosi; (ii) dello straniero che, per condotta o tenore di vita, si ritenga vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; (iii) dello straniero ritenuto, a causa del suo comportamento, dedito alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica; (iv) dello straniero indiziato di appartenere ad associazione di stampo mafioso.

Si noti che in questi casi il prefetto, nel disporre l'espulsione, non necessita di un controllo preventivo da parte del giudice circa la qualificazione da lui operata dello straniero come persona socialmente pericolosa o sospetta.

Come previsto dal comma 3 dell'articolo in esame, il decreto di espulsione del prefetto è immediatamente esecutivo: ciò al fine, di immediata evidenza, di scoraggiare l'utilizzo strumentale dei meccanismi di tutela giurisdizionale. L'art. 13, comma 3, TU immigrazione, disciplina poi il diverso caso in cui lo straniero, soggetto al provvedimento di espulsione amministrativa, sia sottoposto ad un procedimento penale. In questa situazione, per procedere all'espulsione, è necessario il nulla osta dell'autorità giudiziaria. Nella fattispecie in esame il questore deve richiedere il nulla osta⁸ all'autorità giudiziaria per l'espulsione dello straniero

La Cassazione ha infatti specificato che la scadenza del termine per il rinnovo del permesso di soggiorno non comporta automaticamente l'espulsione dello straniero. Nella sentenza citata, la Corte ha rilevato come la fattispecie dell'espulsione per soggiorno irregolare si presta a due plausibili interpretazioni. In base alla prima, l'espulsione scaturisce automaticamente dal decorso dei 60 giorni senza che sia stato richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno; in base alla seconda, per disporre l'espulsione occorre, unitamente alla condizione positiva della scadenza del permesso, la sussistenza di un'altra condizione, di tipo negativo, consistente nella mancata presentazione dell'istanza di rinnovo fuori termini, ovvero oltre i 60 giorni dalla scadenza ma precedente al provvedimento di espulsione. Optando per la seconda interpretazione la Corte ha ritenuto che la persona in passato regolarmente soggiornante abbia diritto, prima di essere espulsa ad un esame della sua domanda. Secondo la suprema Corte «il superamento dell'automatismo dell'espulsione, a fronte di meri ritardi nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno, consente di evitare l'ingresso in clandestinità di quei soggetti che - per avere, per ignoranza, errore o dimenticanza, fatto scadere il termine per il rinnovo - potrebbero altrimenti vedersi costretti a una tale scelta, per non avere più un valido permesso di soggiorno e non poterne domandare tardivamente il rinnovo senza andare incontro ad una espulsione automatica». Ne consegue che il ritardo per il rinnovo così come per la richiesta del permesso di soggiorno non possono essere da soli motivo di espulsione.

⁷ Si tratta di ipotesi attualmente confluite nel nuovo codice antimafia di cui al D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

⁸ Il nulla osta, in quanto atto preparatorio del provvedimento amministrativo d'espulsione, pur rilasciato da un organo giudiziario, non è soggetto alle normali impugnazioni degli atti giurisdizionali e i suoi vizi possono essere fatti valere solo con l'impugnazione dell'espulsione davanti al giudice ordinario o amministrativo (in caso di espulsione disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato).

che si trova sottoposto a procedimento penale purché lo stesso non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere.

Muovendo da una interpretazione letterale della disposizione *de qua*, è possibile ritenere applicabile l'espulsione anche allo straniero che si trova sottoposto agli arresti domiciliari.

Per quanto riguarda le «inderogabili esigenze processuali» alla luce del quale il giudice può negare il nulla osta richiesto dal questore, l'art. 13, TU immigrazione, chiarisce che quest'ultime devono consistere «nell'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa».

In tale evenienza risulta dunque necessaria una motivazione c.d. “rafforzata” per il provvedimento dell'autorità giudiziaria di rifiuto dell'autorizzazione di espulsione anticipata dell'imputato straniero⁹.

Il questore, ottenuto il nulla osta, provvede all'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

L'accompagnamento alla frontiera appare dunque il mezzo ordinario di esecuzione delle espulsione, fatti salvi i casi previsti dall'art. 13 comma 5¹⁰ nonché dall'art. 14 comma 5-ter e 5-quarter¹¹.

Ai fini dello snellimento dell'*iter* procedimentale, l'art. 13, TU immigrazione, prevede il meccanismo del silenzio assenso circa il rilascio del nulla osta dall'autorità giudiziaria, che si intende concesso qualora la stessa non provveda entro 7 giorni dal ricevimento della richiesta. In attesa della decisione sulla richiesta del nulla osta, il questore può adottare la misura del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea. Nel caso di arresto in flagranza o di fermo il nulla osta è rilasciato in sede di giudizio di convalida salvo che sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, c.p.p., o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato (art. 13, comma 3-bis, TU immigrazione).

L'espulsione amministrativa si applica anche allo straniero, sottoposto a procedimento penale, dopo che sia stata revocata o dichiarata estinta la misura della custodia cautelare in carcere applicata nei suoi confronti. Il giudice, con lo stesso provvedimento con il quale revoca o dichiara l'estinzione della misura, decide sul rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione e il provvedimento è immediatamente comunicato al questore (art. 13 comma 3-ter, TU immigrazione).

⁹ In tal caso, comunque, l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali.

¹⁰ Tale disposizione stabilisce che nei confronti dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, l'espulsione contenga l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni.

¹¹ Tuttavia la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 13 comma 5 rende l'eccezione alla regola dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera un evenienza quasi scolastica, tenuto conto che, nell'applicazione pratica, è verosimile ritenere che il prefetto riconoscerà nella quasi totalità dei casi la ricorrenza del pericolo indicato dalla norma in commento.

Nei casi sopra descritti, è prevista la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere da parte del giudice che abbia acquisito la prova dell'avvenuta espulsione, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, (art. 13 comma 3-*quater*, TU immigrazione)¹².

Si tratta di una particolare ipotesi da cui emerge in modo evidente una strumentalizzazione politica della sanzione penale; in detta fattispecie infatti lo Stato rinuncia all'accertamento della responsabilità dello straniero relativamente al reato commesso, ritenendo prevalente l'interesse pubblico connesso all'espulsione dello stesso.

Lo straniero che contravviene alle disposizioni in materia di espulsione sopra illustrate è punibile secondo un'articolata serie di ipotesi contenute ai commi 13 e segg. introdotti *ex novo* dalla legge "Bossi-Fini" nel corpo dell'originario art. 13 del TU immigrazione.

Secondo una parte della dottrina l'espulsione amministrativa sopra descritta non si configura quale provvedimento definitivo, ma rappresenta piuttosto un'interdizione temporanea dell'ingresso nello Stato, per un periodo che ordinariamente è decennale ma che può essere più breve, in ogni caso non inferiore a cinque anni.

La commisurazione della durata della misura è parametrata alla valutazione della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia (art. 13, comma 14, TU immigrazione)¹³.

2.2. Espulsione a titolo di misura di sicurezza

Accanto ai provvedimenti di espulsione amministrativa, l'art. 15, TU immigrazione, regola l'espulsione a titolo di misura di sicurezza. Tale misura è disposta dal giudice nei confronti dello straniero condannato per taluno dei reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza (artt. 380-381 codice di procedura penale), qualora sia ritenuto socialmente pericoloso.

Il giudice penale può inoltre ordinare l'espulsione, in sede di condanna¹⁴ a seguito di una pronuncia, anche non definitiva, nei confronti: (i) dello straniero condannato per un delitto contro la personalità dello Stato; (ii) dello straniero condannato alla reclusione per un periodo non inferiore a 10 anni (artt. 235 e 312 c.p.); (iii) dello straniero condannato per uno dei reati che prevedono l'espulsione in

¹³ Recita l'art. 13 comma 14 che «salvo che sia diversamente disposto, il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo di dieci anni. Nel decreto di espulsione può essere previsto un termine più breve, in ogni caso non inferiore a 5 anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia».

¹⁴ Si ricorda che ai sensi dell'art. 445, comma 1, c.p.p., la misura di sicurezza dell'espulsione non può essere disposta in caso di condanna su patteggiamento.

sentenza (come ad esempio quelli in materia di stupefacenti e di contrabbando di tabacchi lavorati).

La tipologia di espulsione in commento è prevista in caso di condanna per numerose fattispecie di reati, siano essi anche solo tentati, dolosi, colposi, o ritenuti non gravi, con il solo temperamento rappresentato dalla necessaria previa valutazione della pericolosità sociale dello straniero, propria di ogni misura di sicurezza.

Ai sensi dell'art. 211 c.p., come per ogni altra misura di sicurezza, l'espulsione è attuata a seguito dell'esecuzione della pena detentiva o, se è irrogata una sanzione non detentiva, dopo che la condanna è divenuta irrevocabile.

L'accertamento della pericolosità, oltre a sussistere al momento della decisione della sentenza, deve essere ripetuto, ai sensi dell'art. 203 del c.p., anche al momento dell'esecuzione della misura dell'espulsione.

L'esistenza della pericolosità è quindi accertata *ex novo* in concreto dal magistrato di sorveglianza al momento dell'esecuzione dell'espulsione su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio. L'espulsione come misura di sicurezza viene perciò eseguita solo se il magistrato, in corso di riesame della pericolosità, ritenga che lo straniero sia ancora persona socialmente pericolosa, altrimenti, in caso di valutazione contraria, il provvedimento di espulsione è revocato (art. 679 del c.p.p.).

Lo straniero può sempre chiedere la revoca della misura di sicurezza a seguito di riesame della pericolosità sociale fino a quando non è stata eseguita l'espulsione (art. 208 c.p.).

2.3. Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione

I commi da 5 e segg. dell'art. 16, TU immigrazione, introducono una innovativa figura di «sanzione alternativa alla detenzione», dotata apparentemente di una duplice natura di pena o sanzione sostitutiva e insieme di misura alternativa alla detenzione.

Si tratta di un istituto sicuramente originale dal momento che l'ordinamento conosce le «sanzioni sostitutive alla detenzione» e le «misure alternative alla detenzione», mentre ora l'interprete deve confrontarsi con un inedito *tertium genus*, costituito dalle «sanzioni alternative alla detenzione». L'art. 16 del testo normativo citato costituisce sicuramente una delle norme più significative ed innovative introdotte dalla legge “Bossi-Fini”. La norma recita: «Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale né le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, può sostituire la medesima pena con la misura

dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. L'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4».

La Corte costituzionale, con ordinanza interpretativa di rigetto 14-28 luglio, 1999, n. 369, ha specificato che l'espulsione prevista dall'art. 16 non è una sanzione criminale e, conseguentemente, a questa non è richiesto di essere compatibile con i principi costituzionali riguardanti il predetto tipo di sanzione.

Ad avviso del Giudice delle Leggi, l'espulsione come sanzione sostitutiva della pena è una misura amministrativa in quanto, nonostante la rubrica della norma reciti «espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione», l'uso del termine “misura”, contenuto nell'articolo 16, riconduce l'istituto nel sistema amministrativo. Inoltre, la previsione dell'esecuzione affidata al questore, anziché al pubblico ministero, nonché il richiamo alle condizioni per l'espulsione amministrativa, portano ad escludere la natura penale della misura. Alla luce dell'ordinanza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale, la norma in esame deve essere letta nel senso di prevedere che il giudice penale sia eccezionalmente chiamato, nell'ambito di un giudizio in cui lo straniero è imputato di un reato e solo nel caso in cui il processo si debba concludere con una pronuncia di condanna o con sentenza di patteggiamento (art. 444 c.p.p.), a sostituire la sanzione criminale con una misura amministrativa.

Si ha così un processo penale che pur concludendosi con una sentenza di condanna o di patteggiamento prevede una sanzione appellabile, ma concretamente priva di quel contenuto tipico che fonda l'interesse all'impugnazione: la sanzione criminale.

Numerose sono state le critiche alla sentenza menzionata. In particolare in dottrina si è ravvisata una certa lacunosità della sentenza la quale ha ommesso di individuare il bene costituzionalmente tutelato, la cui prevalenza sia tale da giustificare la rinuncia alle garanzie del sistema penale¹⁵.

Il comma 5 dell'articolo in esame stabilisce che per lo straniero identificato, detenuto che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13 comma 2, il quale deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione.

Nella medesima previsione il legislatore si affretta tuttavia a precisare che in ogni modo l'espulsione non può essere disposta laddove lo straniero abbia commesso delitti particolarmente gravi rientranti tra quelli di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. ovvero i delitti previsti dal TU immigrazione.

Tale disposizione suscita qualche perplessità: se è corretto evitare l'espulsione per lo straniero che si è macchiato dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. in quanto per la gravità dei delitti menzionati dal medesimo articolo è giusto che lo Stato non rinunci al suo potere punitivo, ma allora perché mai per tutti i delitti previsti nel TU immigrazione non è possibile per lo Stato la rinuncia alla pretesa punitiva anche qualora gli stessi siano soggetti ad una pena edittale inferiore

¹⁵ A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1999, 3, p. 87.

ai due anni¹⁶? In tale ultima fattispecie di fronte a reati scarsamente offensivi che possono ricollegarsi ad un atteggiamento meramente negligente del soggetto, la sanzione penale sembra invero eccessiva, ponendosi in dubbio il rispetto dei principi di meritevolezza e di sussidiarietà della pena.

Competente a disporre l'espulsione di cui al comma 5 è il magistrato di sorveglianza, che decide con decreto motivato, senza formalità, acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero. Il decreto di espulsione è comunicato allo straniero che, entro il termine di 10 giorni, può proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza.

Il tribunale decide nel termine di 20 giorni. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5 dell'articolo in esame, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena¹⁷.

Come evidente dal tenore della norma, l'espulsione si colloca nella fase dell'esecuzione e presuppone conseguentemente l'esistenza di un titolo esecutivo che deve essere costituito da una condanna a pena, anche residua, non superiore ai due anni di reclusione. Dalla lettura delle disposizioni normative citate si evince come in legislatore abbia in realtà voluto creare una nuova forma di pena sostitutiva alla detenzione applicata in sede esecutiva piuttosto che una vera e propria misura alternativa alla stessa.

L'applicazione dell'espulsione si configura infatti quale potere-dovere del giudice (*è disposta l'espulsione*) assumendo pertanto natura necessitata, analogamente all'applicazione della pena, carattere che è estraneo alle misure alternative alla detenzione, che fa proprie le connotazioni di eventualità e discrezionalità nell'applicazione.

Deve inoltre sottolinearsi che è l'essenza stessa della natura dell'espulsione che si pone in forte collisione con le finalità delle misure alternative alle detenzione, che come è noto alla luce del superiore principio di risocializzazione della pena tendono al reinserimento del condannato nel tessuto sociale; l'espulsione si pone in antitesi, portando, si perdoni l'ovvietà, all'allontanamento in via tendenzialmente - anche se non necessariamente - definitivo.

L'unico collegamento con il momento dell'esecuzione penitenziaria è allora rintracciabile nella competenza ad applicare la sanzione alternativa dell'espulsione, attribuita al magistrato di sorveglianza e, in sede di eventuale gravame, al tribunale di sorveglianza. Ciò si giustifica alla luce della considerazione che l'applicazione

¹⁶ Si pensi ad esempio al reato di cui all'art. 15 comma 5-ter, seconda parte laddove prevede «si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di 60 giorni e non è stato chiesto il rinnovo ovvero se la richiesta di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello stato in violazione dell'art. 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007 n. 68».

¹⁷ Si rammenta che l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19 TU immigrazione. Tale disposizione enuclea le situazioni in cui non è possibile disporre l'espulsione o il respingimento dello straniero.

dell'espulsione costituisce una vicenda modificativa della pena nel rapporto di esecuzione, e come tale è ragionevole che il legislatore ne abbia attribuito la competenza al giudice dell'esecuzione. Si tratta in particolare di una ipotesi di modificazione in senso qualitativo della pena irrogata nella sentenza di condanna.

Il giudice di sorveglianza opera, in tal modo una vera e propria trasformazione della pena originariamente stabilita nella sentenza di condanna ponendo evidenti problemi di compatibilità con il principio di immutabilità della decisione fissata definitivamente nella sentenza di condanna una volta che quest'ultima sia divenuta definitiva con il passaggio in giudicato.

Tale possibilità di incidere qualitativamente sulla pena appare configgere con il valore primario della certezza della pena. Sotto questo aspetto appare doveroso rilevare che mentre nelle ipotesi di modificazione qualitative della pena "classiche", ossia nelle misure alternative alla detenzione, l'incidenza modificativa del giudice si pone in diretto collegamento con il principio rieducativo della pena, giustificando siffatto principio di matrice costituzionale una tale ingerenza, nell'espulsione non si ravvisa analogo fondamento costituzionale che possa giustificare la rottura del principio di certezza della pena.

Ciò che appare fortemente criticabile è allora la scelta del legislatore di aver subordinato l'applicazione dell'espulsione ad un unico presupposto, ossia la presenza di una condanna a pena anche residua non superiore ai due anni, senza arricchire la previsione normativa di ulteriori parametri valutativi collegati alla meritevolezza dello straniero interessato al provvedimento.

Ma vi è di più: il legislatore della Legge "Bossi-Fini" cui si deve tale originale istituto, ha previsto la vincolatività da parte del giudice di sorveglianza circa la sanzione alternativa dell'espulsione, prevedendo un modello di procedimento a contraddittorio differito, in seguito all'opposizione dello straniero nel termine di 10 giorni. L'istituto in esame si pone allora in contrasto con il principio di difesa e di contraddittorio pieno negando all'interessato la possibilità di interloquire fin dall'inizio della procedura con il giudice.

Il comma 8 della disposizione in commento stabilisce che la pena è estinta decorsi dieci anni, sempre che lo straniero non sia rientrato clandestinamente in Italia. In tale ultimo caso la pena riprende il corso ordinario con il ripristino dello stato detentivo.

Ci si può domandare se nella suddetta ipotesi sia necessaria una ulteriore pronuncia da parte del giudice di sorveglianza o si possa più fondatamente ipotizzare una revoca automatica del provvedimento di espulsione. In tale fattispecie il PM incaricato dell'esecuzione provvederebbe ad emettere un ordine di esecuzione della pena residua da espiare e l'interessato potrà interloquire eventualmente attraverso l'istituto generale dell'incidente di esecuzione.

La tesi secondo cui nella fattispecie in esame non occorra una nuova pronuncia del giudice potrebbe essere argomentata attraverso il raffronto con il comma 4 dell'art. 16, TU immigrazione, che espressamente prevede l'intervento del giudice competente per revocare la sanzione sostitutiva.

Diversamente il comma 8 del medesimo articolo non contiene alcuna menzione di un intervento – nemmeno a carattere ricognitivo – del giudice. Resta allora irrisolto il problema connesso all’esigenza di effettuare un accertamento dell’esistenza dell’antecedente fattuale (ossia l’ingresso illegittimo dello straniero espulso in Italia prima che sia decorso il termine decennale) che, combinandosi con il provvedimento del magistrato o del tribunale di sorveglianza, vada a costituire il titolo esecutivo che il PM pone in esecuzione con l’emissione dell’ordine di esecuzione.

Imporre tale incombenza al PM competente per l’esecuzione rappresenterebbe una soluzione sicuramente disarmonica con il ruolo del PM nella fase dell’esecuzione ammettendo che lo stesso possa apportare una unilaterale modifica di una situazione giuridica generata da una pronuncia giudiziale senza che a sancire detta interversione sia una nuova pronuncia dell’organo giurisdizionale.

Tale discrasia non è stata tuttavia considerata dal legislatore ed è rimasta invariata sin dalla Legge “Bossi-Fini”, configurando così l’espulsione della sanzione alternativa alla detenzione come “figlia di un Dio minore” per l’irrazionalità della sua disciplina.

Infine, in applicazione dell’art. 10, comma terzo, Cost., il comma 9 dell’articolo in esame prevede il generale divieto di applicazione della descritta ipotesi di espulsione allorché si tratti di soggetti tutelati dal c.d. diritto di asilo.

2.4. Le nuove tipologie di espulsioni introdotte dalla L. 94/2009

La disciplina *ex art.* 13, comma 2, TU immigrazione, non ha subito modifiche dirette per effetto della L. 94/2009. Sono state invece introdotte nuove restrizioni nella disciplina relativa all’ingresso e soggiorno, che per via mediata incidono nella materia delle espulsioni. In particolare sono stati inseriti due innovativi istituti: l’espulsione conseguente alla perdita dei crediti derivanti dall’accordo di integrazione e il fondo rimpatri.

L’accordo di integrazione che ha introdotto il c.d. “soggiorno a punti” è disciplinato dall’art. 4 *bis* TU immigrazione. L’articolo in commento si apre con la definizione di “integrazione”: con tale termine si intende un «processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società». Ai sensi del comma 2 della medesima norma si prevede che «entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente articolo, con regolamento adottato ai sensi dell’art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1998, n. 400, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro dell’Interno di concerto con il Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca e il Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, sono stabiliti i criteri e le modalità per la sottoscrizione, da parte dello straniero, contestualmente alla presentazione della domanda di rilascio del permesso di

soggiorno, di un accordo di integrazione, articolato per crediti, con l'impegno a sottoscrivere cinque specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno».

Dopo aver chiarito che la stipula dell'accordo è condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno, l'art. 4-*bis*, comma 2, TU immigrazione, prevede che «la perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, eseguita dal questore secondo le modalità di cui all'art. 13, comma. 4».

È curioso osservare come la sottoscrizione dell'accordo finalizzato all'integrazione sia previsto solo per gli stranieri, nonostante quest'ultimo miri a promuovere la convivenza tra cittadini e stranieri.

Si tratta allora di un accordo del tutto anomalo dal momento che l'impegno di osservare i valori costituzionali è previsto solo in capo allo straniero, in base alla presunzione assoluta del rispetto da parte dei cittadini italiani dei predetti valori.

Sotto tale profilo pare improprio anche il termine "accordo" se solo si ricordi l'art. 1322 c.c. laddove il contratto viene definito come l'accordo tra due o più parti; anche sotto il profilo etimologico della parola la nozione di accordo presuppone un consenso espresso da almeno due parti.

Diversamente la legge non stabilisce chi sia, oltre lo stipulante straniero, l'altra parte dell'accordo. Come è stato sottolineato più che di accordo l'istituto *de quo* sembrerebbe da ricondurre ad una assunzione unilaterale di impegni di parte dello straniero nei confronti dello Stato¹⁸.

Per quanto concerne la natura di questa peculiare espulsione amministrativa, dal momento che quest'ultima è preceduta dalla revoca del permesso di soggiorno, sembrerebbe rientrare nell'ambito dell'art. 13 comma 2, lett. b) TU immigrazione, che espressamente prevede l'obbligo in capo al prefetto di disporre l'espulsione dello straniero quando il permesso di soggiorno è stato revocato.

Secondo un'altra tesi l'espulsione in questione avrebbe natura peculiare nell'ordinamento italiano non essendo riconducibile all'espulsione amministrativa. L'autonomia dell'espulsione in esame – rispetto a quelle previste nell'art. 13, comma 2, lett. b) – sarebbe evidente se solo si considera che l'art. 4-*bis* subordina la revoca del permesso di soggiorno alla perdita integrale dei crediti. Ebbene, se l'espulsione in questione fosse sussumibile in quelle delineate dall'art. 13, il legislatore non avrebbe avvertito la necessità di tale esplicita previsione in quanto la revoca del permesso di soggiorno già di per sé sola determina l'espulsione ai sensi della norma generale. Inoltre l'art. 4-*bis* prevede espressamente che tale nuova ipotesi di espulsione debba essere eseguita dal questore ai sensi dell'art. 13 comma 4, quindi il rinvio alla norma generale in materia di espulsione amministrativa concerne solo le modalità esecutive, che devono avvenire con l'accompagnamento immediato alla frontiera.

¹⁸ Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli incontri di studio, *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*. Incontro di studio, Ancona, 23 Febbraio 2006 reperibile sul sito istituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura www.csm.it

Deve tuttavia rilevarsi che mentre ordinariamente è la legge che stabilisce le condizioni di revoca per il permesso di soggiorno, per quanto concerne l'accordo di integrazione, la legge non regola le condizioni di revoca che dipendono dagli obiettivi di integrazione (tradotti in crediti in forza di un regolamento interministeriale) il cui contenuto è genericamente determinato dalla legge al comma 1 della disposizione in esame.

Ne consegue che l'espulsione che deriverà dalla revoca del permesso di soggiorno avrà anche essa contenuto del tutto indeterminato e ciò basterebbe per profilare l'incostituzionalità della norma alla luce della riserva rinforzata di cui all'art. 10 comma secondo, Cost. dal momento che i presupposti per l'adozione dell'espulsione vengono determinati nella sostanza da un decreto ministeriale¹⁹.

Sotto il profilo operativo, la norma ha trovato notevoli difficoltà applicative già in realtà preconizzate dai primi commentatori al momento di introduzione della norma. L'accordo di integrazione postula, infatti, che l'espulsione consegua alla revoca del permesso di soggiorno, il che presuppone conseguentemente che le questure siano opportunamente ed adeguatamente attrezzate per monitorare il conseguimento dei crediti derivanti dall'accordo di integrazione e, in caso negativo, provvedano alla revoca del titolo di soggiorno.

Sono note tuttavia le difficoltà sotto il profilo della carenza di organico e di risorse da cui le questure italiane sono patologicamente afflitte, al punto che sovente i tempi di rinnovo dei permessi di soggiorno sono tali che la loro consegna avviene quando sono già scaduti. È difficile pertanto immaginare in questo contesto che le questure possano far fronte ad un tempestivo monitoraggio del conseguimento dei crediti di tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti. Ed allora nella prassi tale incombenza viene adempiuto in sede di rinnovo del permesso di soggiorno, con la conseguenza che l'espulsione farà seguito non alla revoca del permesso, ma al suo mancato rinnovo e, dal momento che l'art. 13 comma 2, lett. b) non prevede tra le cause di espulsione, l'ipotesi del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, questa potrebbe essere la ragion per cui l'espulsione è subordinata alla perdita dei crediti.

Quest'ultima considerazione potrebbe avvallare la tesi dell'autonomia della fattispecie espulsiva in commento.

L'art. 4-*bis* detta, poi, delle eccezioni alla revoca del permesso di soggiorno (ed alla espulsione) in conseguenza della perdita integrale dei crediti limitatamente ad alcune categorie di soggiornanti: trattasi dei titolari di permesso di soggiorno per asilo, richiesta di asilo, protezione sussidiaria, motivi umanitari e familiari, soggiornanti di lungo periodo, familiari di cittadini dell'UE e stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare. Tuttavia, anche per costoro la

¹⁹ Sotto quest'aspetto l'incostituzionalità si profila per la violazione del principio di riserva di legge, pur volendo estendere in via analogica il *dictum* della Corte Costituzionale secondo cui la riserva in materia penale (particolare esempio di riserva c.d. rinforzata) ha natura tendenzialmente assoluta, è possibile riconoscere efficacia integrativa alle fonti sub-legislative solo allorché le stesse si limitino a specificare elementi già contenuti nella norma coperta da riserva di legge. Ciò non accade nel caso *de quo* dal momento che i presupposti dell'espulsione sono determinati, sotto il profilo sostanziale, da un decreto ministeriale. Non sembra pertanto peregrino prospettare, a parere di chi scrive, un'ipotesi di incostituzionalità della fattispecie in esame.

stipula degli accordi di integrazione è condizione necessaria per il rilascio dei relativi permessi di soggiorno, la cui inosservanza non sarebbe però sanzionata.

In ultimo occorre brevemente soffermarsi sul fondo rimpatri, introdotto dall'art. 14-*bis* TU immigrazione. L'articolo citato prevede l'istituzione di un fondo presso il Ministero dell'Interno, finalizzato a finanziare le spese per il rimpatrio degli stranieri verso i loro paesi o verso quelli di provenienza.

Non è chiaro se tale fondo serva esclusivamente a finanziare le spese per il rimpatrio in senso stretto, cioè il costo del viaggio per lo straniero e la eventuale scorta, oppure se tra tali spese vadano comprese anche quelle relative ai trattenimenti, alle udienze di convalida (ivi compreso il costo dell'interprete e del difensore d'ufficio), ed all'attività preordinata all'esecuzione del rimpatrio.

3. *L'esecuzione delle espulsioni amministrative*

L'art 14, TU immigrazione, rubricato «esecuzione dell'espulsione» si occupa degli aspetti operativi dell'espulsione. Nello specifico, l'articolo citato rappresenta la disposizione di riferimento in materia di esecuzione dell'espulsione regolandone in particolare le conseguenze penali dell'inottemperanza dello straniero.

Il sistema interno delle espulsioni amministrative (art. 13 TU immigrazione) si fonda principalmente sulla espulsione coattiva.

Com'è noto, in base alla disciplina vigente in materia di immigrazione, l'espulsione dello straniero, una volta che sia stata decretata dal prefetto, va eseguita immediatamente, mediante l'accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica; ove ciò non sia possibile per determinati motivi indicati tassativamente dalla legge, l'interessato deve essere trattenuto, il tempo necessario, all'interno di un centro di permanenza. Si tratta di una forma di detenzione temporanea, di natura anche essa amministrativa, con un termine massimo predeterminato dal legislatore, finalizzata all'espulsione. In alternativa a queste due diverse modalità, si prevede l'ipotesi residuale dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro il termine perentorio di 5 giorni decorrenti dalla notifica del provvedimento stesso.

È contemplata, infine, la responsabilità penale dello straniero che «senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore». Più in particolare il comma 5-*ter* e il comma 5-*quarter* puniscono lo straniero che si trattiene illegalmente nel territorio italiano in violazione dell'ordine impartito dal questore o in quanto destinatario di un secondo provvedimento di espulsione. Si tratta come risulta *ictu oculi*, dalla semplice lettura delle norme in commento, di reati di pericolo, che richiamano i reati di lesa maestà con i quali condividono la finalità politica di una più rigorosa tutela di certi interessi sovraindividuali. I reati summenzionati infatti puniscono lo straniero per il mero trattenimento nello Stato italiano indipendentemente dal fatto che durante la permanenza lo stesso abbia commesso un illecito.

Sotto tale profilo il bene tutelato dalle norme in materia di immigrazione appare allora la tutela del principio di sovranità nazionale, lesa dalla presunzione assoluta di pericolosità dello straniero in posizione irregolare, che lo Stato fronteggia mediante le misure dell'espulsione ed in caso in cui quest'ultime non perseguano il proprio scopo con la sanzione penale.

In tal caso sembrerebbe che la limitazione della libertà personale sia fine a sé stessa ossia non finalizzata all'espulsione. Tuttavia ad una attenta analisi ciò è vero solo in parte, atteso che da una parte la detenzione è collegata alla violazione dell'ordine di allontanamento ossia al mancato allontanamento volontario, dall'altra è possibile sostituire la sanzione detentiva (nei limiti di due anni, anche come residuo di pena) con l'espulsione.

In tale ultima ipotesi è ancora più evidente come la *ratio* della sanzione penale abbia una funzione *latu sensu* retributiva per la violazione delle frontiere statali: infatti lo Stato rinuncia alla pretesa punitiva laddove lo straniero lasci il paese.

Sotto un diverso profilo l'ordine di allontanamento può essere disposto in sostituzione dell'accompagnamento presso il Centro di identificazione ed espulsione (di seguito CIE) ovvero all'esito del periodo massimo di permanenza nel CIE ossia dopo la scadenza del termine massimo di detenzione amministrativa senza che si sia potuto procedere all'espulsione. Da quanto detto consegue che solo le espulsioni da eseguirsi in forma coattiva sono suscettibili di portare all'emissione di un ordine del questore ex art. 14 comma 5-*bis* che costituisce il presupposto del reato di cui al seguente comma 5-*ter*.

4. *L'influenza della Direttiva Rimpatri sulla disciplina in materia di espulsioni. Rinvio*

La mancata attuazione della Direttiva Rimpatri ha dato origine ad una situazione confusa che ha investito soprattutto le norme incriminatrici dell'inosservanza dell'ordine di allontanamento dal territorio italiano, ritenute da molti incompatibili con la Direttiva stessa. L'inerzia del legislatore nazionale, che solo recentemente ha provveduto a recepire all'interno del sistema nazionale la Direttiva, evidenzia il disorientamento in tema di gestione dei fenomeni migratori.

Seppure in via del tutto sommaria e rinviando per l'analisi completa degli effetti della Direttiva Rimpatri nel nostro ordinamento ai capitoli III e IV è possibile delineare le problematiche che tale atto comunitario pone con particolare riguardo ai reati collegati all'espulsione. La Direttiva persegue il duplice scopo da un lato di armonizzare le legislazioni nazionali in punto di espulsione, creando così un sistema omogeneo e soprattutto efficace, ma dall'altro quello di indicare ben precisi paletti alla limitazione della libertà personale nei confronti del clandestino.

In particolare la Direttiva Rimpatri stabilisce che il giusto interesse all'effettiva espulsione degli stranieri irregolari trova un limite nel rispetto della libertà personale dell'espellendo che può essere limitata in maniera proporzionale. Ciò anche qualora il comportamento sia imputabile allo straniero.

In tale ottica, al provvedimento di espulsione deve di regola seguire un invito a lasciare volontariamente il territorio, in un termine congruo che di regola è compreso tra 7 e 30 giorni.

Tale termine può essere tuttavia accompagnato da misure limitative della libertà personale diverse dalla detenzione ed in talune circostanze può essere abbreviato. Solo alla scadenza del termine, ovvero nel caso in cui non venga dato alcun termine, è possibile procedere all'accompagnamento e cioè all'esecuzione forzata della espulsione (art. 8 della Direttiva).

Dunque la normativa comunitaria, ormai vincolante anche per il nostro ordinamento, segna i ben precisi limiti entro i quali può essere limitata, a qualunque titolo, la libertà personale di colui la cui unica colpa è il non voler o non poter essere espulso.

§§§

SEZIONE II

I REATI COLLEGATI ALL'ESPULSIONE: DIRITTO PENALE VS. DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

1. Diritto penale vs. Diritto dell'immigrazione: considerazioni generali

La disciplina dell'immigrazione, sub *species* degli istituti volti a determinare l'espulsione dello straniero, presenta notevoli distonie con il diritto penale, tanto da fare intervenire la Corte Costituzionale per porre fine a quella che può essere indicata come la corsa al diritto penale d'autore. Il legislatore, infatti, spinto dal fine politico di incrementare la difesa sociale, ha considerato la permanenza dello straniero irregolare come una presunzione assoluta di pericolosità, dimenticando il principio di materialità e di offensività, principi che permeano l'intera area del sistema penale.

Sotto tale profilo la Corte costituzionale negli ultimi anni è dovuta intervenire più volte sia sulla disciplina comune in materia penale quanto sulla normativa speciale disciplinata dal TU immigrazione. Tuttavia, la Corte Costituzionale nell'affrontare le tematiche inerenti alla disciplina penale in materia di immigrazione sembra spesso cadere a sua volta in errore, confondendo il principio di materialità della fattispecie penale, previsto dall'art. 27 Cost., con quello di offensività. Quest'ultimo postula l'accertamento preliminare che la fattispecie penale possa estrinsecarsi nella realtà naturalistica, per poi passare ad una valutazione successiva relativa alla lesione o messa in pericolo dei beni tutelati dalla norma.

Appare quindi utile chiarire che quando si tratta del diritto penale d'autore ci si riferisce al principio di materialità e non a quello di offensività. Non si tratta semplicemente di una "confusione di etichette": infatti l'affermazione secondo cui il diritto penale dell'immigrazione contrasta solo con il principio di offensività comporta che il giudice possa limitarsi ad un unico accertamento, ovvero verificare se il fatto commesso metta in pericolo o leda il bene tutelato dal legislatore²⁰.

Essendo i reati in materia di immigrazione volti a tutelare il fondamentale principio di sovranità, quest'ultimi assumono la fisionomia di reati di pericolo, in tal modo l'accertamento del principio di offensività si compendierebbe in una tautologia.

Diversamente il principio di materialità, impone all'interprete di accertare se il fatto come descritto dalla fattispecie penale sia suscettibile di verificarsi nella realtà naturalistica, solo dopo tale primo accertamento, il giudice potrà, allora, accertare se il fatto commesso possa, altresì, ledere o mettere in pericolo il bene tutelato dalla fattispecie penale.

²⁰ Per la distinzione tra principio di materialità e di offensività si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1992, pp. 20 e ss.

2. *La Corte Costituzionale disse vulgono per tutti i diritti umani, l'interprete rispose vale per tutti il principio di materialità del fatto. L'aggravante di clandestinità*

Il tema dell'estensione dei diritti inviolabili delineati dalla Costituzione italiana agli stranieri è di recente affermazione. Come si ricorderà la Corte Costituzionale con la sentenza n. 249, 8 luglio 2010, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità, *ex art. 61 n. 11-bis* c.p., ha affermato che i diritti inviolabili dell'uomo spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché la condizione giuridica dello straniero non può né deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato».

Come è noto la legge 24 luglio 2008, n. 125, meglio nota come “Pacchetto sicurezza”²¹ ha introdotto all'interno del nostro ordinamento giuridico, una circostanza aggravante comune nei confronti dello straniero irregolare c.d. aggravante di clandestinità che consiste in un aumento di pena nei confronti del migrante che abbia commesso il fatto-reato «mentre si trova illegalmente nel territorio nazionale».

I primi commentatori hanno da subito messo in risalto l'incostituzionalità della norma *de quo*, in quanto applicativa di un trattamento penale più severo unicamente fondato su qualità personali del soggetto del tutto estranei al fatto-reato, introducendo in tal modo una responsabilità penale d'autore in spregio ai fondamentali principi di materialità e offensività²².

Più nello specifico la dottrina ha osservato come attraverso quella che è un presunzione *iuris et iure* di pericolosità dello straniero fondata sulla sola presenza in Italia in violazione della disciplina amministrativa in materia di immigrazione, la nuova aggravante costituisca «una tipica fattispecie della legislazione penale dell'emergenza e della sicurezza» fondata sulla mera appartenenza del soggetto attivo ad una certa categoria soggettiva delineata *ex lege*²³.

Tale intendimento è stato condiviso anche dal Giudice delle Leggi, nella sentenza sopra citata, secondo il quale «il principio costituzionale di eguaglianza in

²¹ Legge 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92.

²² Argomentano da tempo circa l'incostituzionalità dell'aggravante: D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1079; L. MASERRA, *Immigrazione* in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di) *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, pag. 7 - 8; R. LOTTINI, *Innovazione in materia di circostanze del reato*, in F. GIUNTA, E. MARZADURI (a cura di) *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010, p. 176; M. LA ROSA, *I “crimini contro l'ospitalità”: vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, pp. 446 e ss.

²³ A. PECCIOLI, *La clandestinità come aggravante*, in P. PISA (a cura di) *Immigrazione*, Gli Speciali, Diritto penale e processo, Milano 1, 2009, pag. 42.

generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quello dello straniero giacché ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante».

Alla luce di quanto affermato, la Corte Costituzionale ritiene che la necessità di constatare l'ineluttabilità di limitare un diritto fondamentale, comporta che la norma limitativa debba 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 irragionevolezza²⁴.

Comportamenti pregressi dei soggetti non possono, pertanto, giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza - indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale - ad una qualità personale e la trasformino, in un vero "segno distintivo" o in delle "stigmati" delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini.

Né può essere utilizzata la circostanza aggravante in commento con finalità special-preventive allo scopo di contrastare l'immigrazione illegale: si darebbe luogo in tal modo ad un'incriminazione indiretta, 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, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale.

Quanto affermato assume maggiore rilevanza se solo si considera la modifica apportata dall'art. 1, comma 1, della legge 94/2009 la quale ha escluso l'applicabilità dell'aggravante *de qua* ai cittadini di paesi appartenenti all'Unione europea.

È noto infatti che esistono ipotesi di soggiorno irregolare anche del cittadino comunitario, come, ad esempio, nel caso di inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, condotta punita dall'art. 21, comma 4, del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30²⁵, con l'arresto da uno a sei mesi e con l'ammenda da 200 a 2.000 euro.

²⁴ Corte Costituzionale sentenza n. 393, 23 novembre 2006. L'uso del criterio di ragionevolezza è stato più volte utilizzato dalla Corte Costituzionale nel campo del diritto penale a fronte di fattispecie incriminatrici basate su presunzioni assolute di pericolosità. Si pensi alla dichiarazione di incostituzionalità della previsione che puniva l'ubriachezza (art. 688 c.p.) solo per coloro che avessero già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità delle persone (sentenza n. 354, 17 luglio 2002). In analoga prospettiva è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 708 c.p. (possesso ingiustificato di valori), posto che la suddetta norma sanciva una «discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio», senza una corrispondenza effettiva ed attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell'incriminazione (sentenza n. 370, 2 novembre 1996).

²⁵ Attuativo della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.