

**LA DEPENALIZZAZIONE DEL REATO
DI "IMMIGRAZIONE CLANDESTINA":
UN'OCCASIONE MANCATA PER IL SISTEMA PENALE ITALIANO**

di Carol Ruggiero

Abstract. *Con l'art. 2, co. 3, lett. b) della legge 28 aprile 2014, n. 67, il Parlamento ha delegato il Governo ad abrogare e a trasformare in illecito amministrativo il reato di "Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato" di cui all'art. 10-bis T.u.imm. L'esecutivo, tuttavia, facendo leva sul "carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame" ha preferito non esercitare la delega rispetto a tale contravvenzione, perdendo così la preziosa occasione di eliminare dal sistema penale italiano una norma ineffettiva ed assolutamente incompatibile con il quadro assiologico costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. n. 8/2016 e la mancata depenalizzazione dell'art. 10-bis T.u.imm. – 2. Le linee di tendenza della politica legislativa in materia di immigrazione. – 3. Profili di incostituzionalità della fattispecie di "immigrazione clandestina". – 3.1 Regime sanzionatorio ed ineffettività della norma. – 4. Conclusioni.

1. Il d.lgs. n. 8/2016 e la mancata depenalizzazione dell'art. 10-bis T.u.imm.

Con i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016¹ è stata finalmente data attuazione all'art. 2, co. 2 e 3, della legge delega 28 aprile 2014, n. 67², per la riforma del sistema sanzionatorio penale.

Come noto, il Governo, esercitando il mandato conferitogli dal Parlamento, con il primo provvedimento ha abrogato numerose fattispecie penali, trasformandole in illeciti civili per i quali è prevista, oltre al risarcimento del danno, l'applicazione di una

¹ Il d. lgs. n. 7 reca "Disposizioni in materia di abrogazioni di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, co. 3, l. 28 aprile 2014, n. 67". Il d. lgs. n. 8, invece, è rubricato "Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67", entrambi in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

² Recante "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", in G.U. n. 100 del 2 maggio 2014.

sanzione pecuniaria civile devoluta alla Cassa delle ammende³; con il secondo, invece, ha “derubricato” molte figure di reato a meri illeciti amministrativi⁴.

Facendo particolare riferimento all’ampia opera di depenalizzazione realizzata con il d.lgs. n. 8, preme in questa sede evidenziare l’esclusione dallo spettro applicativo di tale intervento normativo di alcuni reati, tra i quali è stato discutibilmente ricompreso anche quello di “Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato” di cui all’art. 10-*bis* T.u.imm. (più comunemente conosciuto come reato di “clandestinità” o di “immigrazione clandestina”).

Sul punto giova rammentare come l’art. 2, co. 3, lett. b) della legge delega sopra ricordata avesse disposto l’abrogazione e la trasformazione di questa fattispecie in illecito amministrativo, “*conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia*”.

In sostanza, in base a quanto stabilito dalla legge delega n. 67/2014, doveva essere depenalizzato soltanto il primo ingresso irregolare nel territorio dello Stato, previsione che tuttavia avrebbe mantenuto un peso amministrativo con l’esplicita possibilità di ricorrere alla sanzione dell’espulsione. Al contrario, avrebbero conservato rilievo penale le altre figure di reato previste nel d.lgs. n. 286/1998 (T.u.imm.), legate per lo più all’inosservanza dei provvedimenti amministrativi adottati in materia. Tra queste ritroviamo: la violazione delle misure disposte dal questore in caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5.2, T.u.imm.); la trasgressione del divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, co. 13 e 13-*bis*, T.u.imm.); l’infrazione delle misure disposte dal questore in alternativa al trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (art. 14, co. 1-*bis*, T.u.imm.); l’ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore (disposto ai sensi dell’art. 14, co. 5-*ter* e 5-*quater*, T.u.imm.)⁵.

Se queste erano le chiare indicazioni provenienti dal Parlamento, resta davvero poco comprensibile la decisione del Governo di non esercitare la delega rispetto alla contravvenzione in parola.

Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016, “*le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame: per tali*

³ Rientrano in questo gruppo le fattispecie di falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco (artt. 485 e 486 c.p.); l’ingiuria (art. 594 c.p.); la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.); le c.d. “appropriazioni indebite minori” (art. 647 c.p.); il danneggiamento non aggravato (art. 635, co. 1, c.p.).

⁴ La depenalizzazione, invece, ha riguardato tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria (con importanti eccezioni tassativamente indicate), nonché alcune fattispecie previste dal codice penale e già punite con pene detentive sole, congiunte o alternative a pene pecuniarie, tra le quali: il delitto di atti osceni (art. 527, co. 1, c.p.); le pubblicazioni e gli spettacoli osceni (art. 528, co. 1 e 2, c.p.); il rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto (art. 652 c.p.); l’abuso della credulità popolare (art. 661 c.p.); le rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive (art. 668 c.p.). La “derubricazione” di cui al d.lgs. n. 8, infine, ha investito anche una pluralità di reati previsti da leggi speciali (tra i quali, ad esempio, l’omesso versamento delle ritenute previdenziali per importi inferiori a 10.000 euro ex art. 2, co. 1-*bis*, d.l. n. 463/1983).

⁵ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Una depenalizzazione a due marce*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. DANIELE - P.P. PAULESU, Torino, 2015, p. 32.

materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito"⁶.

È evidente, dunque, come l'azione (*rectius*, l'omissione) del Governo sia stata dettata prevalentemente dal timore di incontrare lo sfavore dell'opinione pubblica, con pericolose ricadute in termini di perdita di consenso elettorale.

Si tratta di una presa di posizione certamente poco condivisibile laddove si consideri il suo aperto contrasto non solo con le scelte politico-criminali effettuate a monte dall'organo parlamentare (di certo dotato di maggior rappresentatività rispetto all'esecutivo), ma anche con le spinte riformistiche che sempre più frequentemente provengono dalla società civile, dagli operatori del diritto e dal mondo scientifico⁷.

2. Le linee di tendenza della politica legislativa in materia di immigrazione.

La mancata depenalizzazione della contravvenzione in esame dimostra, ancora una volta, come l'opzione fondamentale della normativa italiana in tema di immigrazione resti "quella di regolare il fenomeno in senso protezionistico o proibizionistico, limitandone i flussi"⁸.

A fronte delle ondate ormai quotidiane di migranti in fuga da conflitti bellici o da condizioni di vita indegne, l'Italia – e l'Europa più in generale – preferisce trincerarsi

⁶ Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 8/2016, p. 5. Tra l'altro, la preoccupazione del Governo di andare incontro ad obiezioni di illegittimità costituzionale per il mancato esercizio della delega, lo ha portato a chiarire che "ciascuna previsione di depenalizzazione ha autonomia strutturale rispetto all'intero contesto di prescrizioni impartite al legislatore delegato. Questi, pertanto, nel momento in cui ritiene di svolgere una precisa opzione di opportunità politica, non esercitando la delega in riguardo ad un reato oggetto delle previsioni di depenalizzazione, dà luogo ad un parziale recepimento della stessa, per esercizio frazionato del potere devolutogli che non intacca la conformità alle direttive nella parte in cui, invece, la delega è attuata" (*Ivi*, p. 4).

⁷ Cfr. A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 389 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, p. 11, in cui l'Autore sottolinea come "il secondo pacchetto sicurezza costituisca la prima volta nel nostro Paese in cui si riproducono, sia pure in forma ovviamente diversa, delle leggi che a ragione possono definirsi razziali"; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, p. 15 ss.; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. Pen.*, 2011, 2, p. 446 ss.; L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *AA.VV., Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di O. MAZZA - F. VIGANÒ, Torino, 2010, p. 27 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, 1, p. 17 ss.; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 189 ss.

Appare ormai concorde per l'abrogazione del reato *de quo* anche la Procura nazionale antimafia, la quale di recente ha evidenziato come la contravvenzione in questione ostacoli le indagini volte all'accertamento della responsabilità dei trafficanti che gestiscono gli sbarchi sul territorio italiano (cfr. L. MILELLA, "Roberti: il reato di immigrazione clandestina? Legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti", in *repubblica.it*, 8 gennaio 2016).

⁸ A. CAVALIERE, *op. cit.*, 2013, 1, p. 19.

all'interno dei propri confini, riducendo il complesso fenomeno delle migrazioni moderne a mero problema di legalità e di ordine pubblico.

Assecondando tale logica, si è così progressivamente formato nel nostro ordinamento un vero e proprio "diritto speciale" dei migranti, di natura in parte amministrativa ed in parte penale, dal carattere marcatamente repressivo e poliziesco⁹.

Tali connotazioni si rinvencono già nella normativa extrapenale dettata in materia. Si fa riferimento, oltre che alla disciplina dei respingimenti e a quella dell'espulsione amministrativa, al trattenimento dei migranti nei famigerati centri di identificazione ed espulsione (C.I.E.), da taluno meglio qualificati in termini di "galere amministrative"¹⁰. Si tratta di strutture che ospitano gli stranieri destinati all'espulsione, in attesa dell'esecuzione del provvedimento, per un periodo di tempo che, prima della legge 30 ottobre 2014, n. 163, poteva durare fino a 18 mesi, e che oggi è stato ridotto ad un massimo di 3 mesi¹¹. Va, peraltro, evidenziato come il termine limite in parola abbia, da ultimo, subito un'ulteriore variazione con l'approvazione del decreto legislativo n. 142/2015 che, in attuazione della direttiva 2013/33/UE sulle norme relative all'accoglienza e al riconoscimento della protezione internazionale, ha previsto, in alcune circostanze, il trattenimento dei richiedenti asilo fino a 12 mesi¹².

Si discute ormai da lungo tempo in ordine alla costituzionalità di questa sanzione amministrativa che, attraverso la consueta "truffa delle etichette", cela in realtà quella che è una vera e propria forma di detenzione in strutture para-carcerarie, senza, tuttavia, le tutele proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale¹³.

⁹ Cfr. A. CAPUTO, *Verso un diritto speciale per gli immigrati?*, in *Questione giustizia*, 2000, 6, p. 1178 ss; *Id.*, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 1, p. 45 ss.

¹⁰ L'espressione è stata utilizzata dal Sen. Gianrico Carofiglio nel corso della seduta n. 90 del 12 novembre 2008 dell'Assemblea del Senato.

Tali strutture sono state introdotte nel nostro ordinamento dall'art. 12 della c.d. "legge Turco-Napolitano" (l. n. 40/1998) con la denominazione di Centri di permanenza temporanea ed assistita (C.P.T.A.) e poi trasformate, con il d.l. n. 92/2008, in "Centri di identificazione ed espulsione" (C.I.E.).

Allo stato attuale sono quattro i C.I.E. funzionanti (Brindisi, Caltanissetta, Roma, Torino) con circa 574 posti disponibili di cui effettivi 359. Sul punto cfr. COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI (SENATO DELLA REPUBBLICA - XVII LEGISLATURA), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, in *senato.it*, gennaio 2017, p. 12.

Per un'analisi critica cfr. R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, p. 51 ss.; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, p. 573 ss.

¹¹ Cfr. L. MASERA, [Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un C.I.E.: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?](#), in *questa Rivista*, 10 novembre 2014.

¹² Cfr. art. 6 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

¹³ In tali strutture, infatti, il migrante subisce una limitazione della libertà personale in assenza di un preventivo provvedimento giurisdizionale. Il controllo dell'autorità giudiziaria viene effettuato dal giudice di pace solo in un secondo momento, entro le 48 ore successive all'adozione della misura, in sede di convalida. Quest'ultima, tra l'altro, avviene con una procedura semplificata, sulla base delle informazioni prodotte dalla questura e del colloquio con lo straniero affiancato da un interprete e dal proprio legale.

Riconoscendo, dunque, che il trattenimento nei C.I.E. costituisce un'autentica limitazione della libertà personale, la sua legittimazione, contrariamente a quanto avviene oggi, dovrebbe essere ricondotta entro il perimetro costituzionale dell'articolo 13 Cost.¹⁴, con tutte le sue garanzie: dalla riserva di giurisdizione alla riserva di legge assoluta, dalla durata della misura coercitiva alla tempistica per la sua successiva convalida¹⁵.

Passando dalla disciplina amministrativa a quella più strettamente penalistica, l'espressione maggiormente emblematica di una gestione ciecamente restrittiva ed autoritaria dei flussi migratori è certamente rappresentata dal reato di "clandestinità" di cui all'art. 10-bis T.u.imm. (*infra*, par. 3). Non bisogna tuttavia sottovalutare la portata che pure hanno le altre fattispecie penali previste nel testo unico del 1998, legate per lo più all'inosservanza dei provvedimenti amministrativi adottati in questo settore. Si fa riferimento, in particolare, alla violazione del divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, co. 13 e 13-bis, T.u.imm.)¹⁶, nonché all'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore disposto ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter, T.u.imm.¹⁷.

¹⁴ In tal senso cfr. C. cost., sentenza 10 aprile 2001, n. 105, nella quale la Consulta ha sostenuto che il trattenimento dei migranti nei C.I.E. determina una compressione sia della libertà fisica che dell'integrità morale dello straniero e comporta una degradazione della dignità dell'uomo, fatto che costituisce un sicuro indice dell'ascrivibilità della misura all'art. 13 Cost.

Tra l'altro, particolare è la constatazione del fatto che una simile forma di limitazione della libertà personale, se nel nostro ordinamento pone evidenti problemi di costituzionalità rispetto all'art. 13 Cost., nelle fonti sovranazionali, invece, risulta pienamente legittimata dall'art. 5, co. 1, lett. f) della C.E.D.U., che facoltizza siffatte misure restrittive "se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione". Sembra, dunque, che la Convenzione in parola riconosca all'inviolabilità della libertà personale garanzie molto più limitate rispetto a quelle previste dalla nostra Carta fondamentale.

¹⁵ Cfr. COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI (SENATO DELLA REPUBBLICA - XVII LEGISLATURA), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, cit., p. 10.

¹⁶ Cfr. G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, cit., p. 195, in cui l'Autore sottolinea come si tratti dell'unica figura di reato in tema di soggiorno irregolare punita ancora con pena detentiva, la cui compatibilità con il diritto europeo è stata posta in dubbio da alcune recenti pronunce della giurisprudenza di merito. Sul punto cfr. L. MASERA, [Approda alla Corte di giustizia U.E. la controversa questione della compatibilità con la c.d. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato \(art. 13, co. 13, T.u.imm.\)](#), in *questa Rivista*, 2 luglio 2014.

¹⁷ Proprio su quest'ultima fattispecie, originariamente sanzionata con la reclusione, è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea la quale, con la famosa pronuncia El Dridi (sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11), ha stabilito che in questi casi la pena detentiva, comportando la permanenza dello straniero nel territorio dell'Unione europea e ritardando il suo rimpatrio, rischia di compromettere l'instaurazione di una efficace politica di allontanamento dei migranti irregolari. Di conseguenza, l'allora governo di centro-destra, con il d.l. n. 89/2011, modificò la norma prevedendo la sola pena pecuniaria, che oggi resta l'unica sanzione applicabile. L'intervento della Corte europea ha dunque determinato un risultato utile nella legislazione italiana in materia, seppur sulla base di argomentazioni che, in conformità ad una politica migratoria restrittiva, risultano certamente poco condivisibili. Sulla pronuncia *de qua* cfr. F. VIGANÒ, [La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, co. 5-ter, T.u.imm.](#), in *questa Rivista*, 29 aprile 2011.

Orbene, una siffatta disciplina, forse utile per scopi di tornaconto elettorale, fornisce una visione soltanto parziale e, per di più, distorta del fenomeno migratorio. Difatti, inquadrando la questione come mero problema di ordine pubblico, non si considerano le ragioni storiche e geopolitiche che sono alla base delle migrazioni moderne; non si cercano soluzioni di lungo periodo in grado di governare i flussi in modo strutturato ed ordinario, ponendo fine alla prassi della “perenne emergenza”¹⁸; si trascurano, infine, le ricadute positive collegate al fenomeno in termini socio-culturali ed economici.

Sotto il primo profilo, infatti, il contatto tra la popolazione locale ed i migranti determina preziose esperienze di interscambio culturale che costituiscono le basi più solide per la costruzione di modelli di convivenza sociale avanzati in cui viene naturalmente garantito il rispetto delle proprie identità in un clima di coesione e di crescita collettiva¹⁹. Sul piano economico, poi, appare evidente come le migrazioni moderne siano il frutto della globalizzazione e lo specchio della delocalizzazione produttiva²⁰. Se, infatti, le imprese sono libere di stabilirsi laddove il lavoro costa meno, non bisogna di certo stupirsi del fatto che la forza-lavoro compia il percorso inverso, emigrando verso quei paesi in cui è meglio retribuita e dove ha la possibilità di trovare migliori condizioni di vita. Inoltre, sono tutt’altro che trascurabili gli effetti positivi sull’economia nazionale legati alla presenza di manodopera straniera. Ciò è facilmente percepibile non solo rispetto a settori produttivi nevralgici, come l’agricoltura, ma anche in termini di contributi fiscali e previdenziali versati dai migranti, a fronte della pressoché totale assenza di prestazioni di *welfare* ricevute²¹.

Pertanto, solo attraverso una visione d’insieme ed un’approfondita conoscenza del fenomeno migratorio si può arrivare a comprendere la necessità di un cambiamento drastico nella politica legislativa italiana in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri, cominciando dall’individuazione dei reali beni giuridici meritevoli di tutela “che sono [...] principalmente quelli degli stessi migranti. E una tale revisione radicale richiede una rifondazione ardua, ma non impossibile [...] della stessa politica europea dell’immigrazione”²², eventualmente anche attraverso la messa in discussione di quello “spazio semantico denso e contraddittorio, complesso e ambivalente cui si è dato il nome di cittadinanza”²³.

¹⁸ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, p. 1 ss.

¹⁹ Esemplare appare, in proposito, il modello di integrazione sociale realizzato nella cittadina calabrese di Riace, in cui l’attuazione di politiche di inclusione sociale in favore dei migranti ha portato alla ripopolazione di questo piccolo paesino della Locride. In tal senso cfr. A. SARLO - M. IMPERIO - F. MARTINELLI, *Immigrazione e politiche di inclusione in Calabria*, Venezia, 2014, p. 39 ss.

²⁰ Per le condizioni di profonda emarginazione sociale determinate dalle politiche economiche di stampo neoliberista cfr. S. MOCCIA, *Vite da scarto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2014, 2-3, p. 12 ss.

²¹ Cfr. OECD, *Is migration good for the economy?*, in *Migration Policy Debates* (oecd.org), maggio 2014, p. 2, in cui si legge “migrants contribute more in taxes and social contributions than they receive in individual benefits”.

²² A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 43.

²³ A. RIVERA, *Estranei e Nemici. Discriminazione e violenza razzista in Italia*, Roma, 2003, p. 52. Cfr. A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Dir. pubb. com. eur.*, 2003, 2, p. 623, nota n. 11, in cui l’Autore sostiene che l’espressione “cittadinanza cosmopolitica” andrebbe sostituita con quella di “residenza cosmopolitica”, atteso il carattere reazionario progressivamente assunto dal

3. Profili di incostituzionalità della fattispecie di “immigrazione clandestina”.

Una volta chiarite le linee di tendenza generali della legislazione italiana in materia di immigrazione, risulta certamente più agevole la comprensione delle perplessità legate alla mancata depenalizzazione del reato di “clandestinità”.

Correva l'anno 2009 quando l'allora governo di centro-destra decise di introdurre questa nuova fattispecie contravvenzionale punendo con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro “lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato” in violazione delle disposizioni del T.u.imm. (d.lgs. 286/1998), nonché di quelle di cui all'art. 1, l. n. 68/2007, relativo ai soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio.

Le condotte tipizzate dalla norma, dunque, sono essenzialmente due. La prima si riferisce all'ingresso irregolare dello straniero²⁴ (c.d. “*crossborder*”) nel territorio statale in violazione delle disposizioni vigenti in materia; la seconda, invece, incrimina la permanenza irregolare del medesimo soggetto (c.d. “*overstayer*”) che, pur essendo entrato regolarmente in Italia, vi permane in assenza di un valido titolo.

Ciò premesso, sin dalla sua entrata in vigore la norma in esame ha posto innumerevoli dubbi di legittimità costituzionale, molti dei quali, tuttavia, sono stati espressamente smentiti dalla Consulta nella nota pronuncia del 5 luglio 2010, la n. 250.

Tra le censure avanzate, una delle più rilevanti ha riguardato l'impossibilità di individuare una “situazione di valore” offendibile e tutelabile, “la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto”²⁵.

Su questo punto la Consulta ha replicato che il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice sarebbe, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori. Si tratterebbe di un vero e proprio oggetto giuridico “di categoria”, comune a buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998, il quale potrebbe senz'altro essere offeso dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero.

In realtà sembra maggiormente condivisibile, e certamente più conforme ai principi fondamentali della nostra Carta fondamentale, l'opinione di quanti ritengono che il controllo e la gestione dei flussi migratori “non costituiscono un bene giuridico meritevole di tutela penale. Essi piuttosto identificano la *ratio* sottesa all'intera disciplina amministrativa dell'immigrazione e non un bene giuridico, né finale né strumentale. Bene giuridico è l'oggetto che si vuol tutelare attraverso le regole, non l'insieme delle regole stesse. Un tale modo di intendere il bene giuridico ne cancella ogni funzione di

termine “cittadinanza”. Quest'ultima, infatti, costituisce oggi più uno strumento di esclusione di diritti e prerogative, piuttosto che di promozione dei valori di inclusione e coesione sociale.

²⁴ Il termine “straniero”, secondo l'accezione tecnica di cui all'art. 1, co. 1, T.u.imm., indica il cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o l'apolide, con esclusione, dunque, dei cittadini comunitari.

²⁵ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 175.

critica della legislazione, elevando a lesione del bene la mera disobbedienza alle regole”²⁶.

Oltre ai dubbi relativi all’oggettività giuridica della norma, molti, poi, hanno messo in discussione la sua piena rispondenza ai principi di materialità ed offensività del reato.

Invero, se l’ingresso e la permanenza irregolare possono considerarsi delle condotte commissive od omissive ed in quanto tali posso soddisfare quel *minimum* richiesto dal principio di materialità²⁷, lo stesso discorso non può essere fatto rispetto all’offensività, attesa l’assoluta l’impossibilità di riscontrare nella fattispecie descritta una condotta idonea a ledere o porre in pericolo beni giuridici meritevoli di tutela.

Non è dunque un caso se numerosi studiosi hanno definito l’art. 10-*bis* T.u.imm. un vero e proprio “reato di mera disobbedienza”, modello criminale molto prossimo all’idea di una “colpevolezza d’autore”²⁸, in contrasto con quella che oggi è la funzione pacificamente riconosciuta al diritto penale. “Con l’introduzione del reato di immigrazione clandestina, infatti, non si punisce – come nel diritto penale classico – un fatto ma una condizione personale: è, secondo una acuta definizione «il migrante che diventa reato»”²⁹.

Anche questo *vulnus* costituzionale, tuttavia, non è stato riscontrato dai giudici della Consulta. In particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni concernenti i principi di materialità ed offensività osservando che oggetto dell’incriminazione *de qua* non sarebbe un modo d’essere della persona, ma uno specifico comportamento trasgressivo delle norme vigenti in materia di controllo dei flussi migratori³⁰. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata.

²⁶ A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 32.

²⁷ Cfr. *Ivi*, pp. 32-33.

²⁸ A proposito della “colpevolezza d’autore”, frequente è la distinzione tra “colpevolezza per il carattere” e “colpevolezza” per lo stile di vita. “In particolare, la teoria della ‘colpevolezza per il carattere’ pretende che all’agente si possa muovere l’addebito di non aver frenato in tempo le pulsioni antisociali, in modo da formarsi un carattere meno malvagio e meno propenso a delinquere. La teoria della ‘colpevolezza per la condotta di vita’, dal canto suo, pretende di incentrare il giudizio di disapprovazione sullo stesso modello o stile di vita e sulle scelte esistenziali del reo, che starebbero all’origine della sua inclinazione al delitto” (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 316.).

²⁹ L. PEPINO, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ Un’ipotesi di vera e propria colpa d’autore è stata, invece, riscontrata in un’altra pronuncia della Consulta avente ad oggetto l’aggravante di cui all’art. 61 n. 11-*bis* c.p., così come modificato nel 2008. La Corte, nella specie, ha sostenuto che in base alla novellata disciplina “la qualità di immigrato diventa uno stigma che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve e distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità [...]. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25, co. 2, 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” (C. cost., sentenza 5 luglio 2010, n. 249, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, p. 1172 ss.).

Un ulteriore, ma non ultimo, profilo di incostituzionalità dell'art. 10-*bis* T.u.imm. riguarda, infine, il contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost. Difatti, il connotato dell'indiscutibile dannosità sociale che dovrebbe caratterizzare ogni fattispecie penale "costituisce la condizione indispensabile, perché, da un lato la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto e, d'altro canto, il singolo possa legittimamente, nonché, eventualmente con proficuità essere avviato al recupero sociale"³¹. Pertanto, la carenza di offensività che contraddistingue la contravvenzione in esame sembra porre ostacoli tutt'altro che irrilevanti alla piena soddisfazione di quelle esigenze di prevenzione generale e speciale positiva oggi ricollegate alla sanzione penale.

Discorso in parte analogo riguarda, poi, la misura sostitutiva dell'espulsione che, disponendo l'allontanamento del migrante dal territorio nazionale, rende difficilmente comprensibili le modalità di realizzazione del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

Anche su quest'ultimo punto, tuttavia, la Consulta, per correre ai ripari da eventuali censure di incostituzionalità, ha trovato una comoda via d'uscita sostenendo la natura interamente amministrativa della sanzione in parola³².

3.1. Regime sanzionatorio ed ineffettività della norma.

È necessario, da ultimo, porre in rilievo come il reato di "clandestinità" presenti profili problematici non solo rispetto alla formulazione della fattispecie astratta, e alla sua dubbia compatibilità con il quadro assiologico costituzionale dettato in materia penale, ma anche in ordine al suo regime sanzionatorio.

Come già anticipato, l'art. 10-*bis* T.u.imm. configura una contravvenzione, di competenza del giudice di pace, punita con la sola pena pecuniaria dell'ammenda.

Una prima incongruenza si riscontra nella parte in cui la norma esclude la possibilità di applicare al reato in esame l'art. 162 c.p. Sembrerebbe, infatti, configurarsi una vera e propria disparità di trattamento laddove, a differenza delle altre contravvenzioni previste nel sistema penale, in questa fattispecie il condannato non può beneficiare di quella peculiare causa estintiva del reato conosciuta come "oblazione"³³.

Tuttavia, la principale critica mossa nei confronti del regime sanzionatorio in esame riguarda la sua assoluta ineffettività. Ci si è chiesti, infatti, che senso abbia "punire con una pena pecuniaria uno straniero irregolare che – proprio perché privo di permesso

³¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 174.

³² Cfr. C. cost., ordinanza 14 luglio 1999, n. 369.

³³ L'oblazione è una causa di estinzione del reato riservata alle contravvenzioni. Essa consiste nel pagamento di una somma di denaro di entità proporzionale rispetto alla misura massima della pena edittale stabilita per la contravvenzione, con effetto di estinzione del reato. Il codice penale vigente prevede due forme di oblazione: la prima è quella prevista dall'originario art. 162 c.p.; la seconda è stata introdotta all'art. 162-*bis* c.p. con la legge n. 689/1981 (cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 798-799).

di soggiorno – non può accendere un conto corrente, non può essere assunto regolarmente, non può intestarsi beni immobili o mobili registrati”³⁴.

Muovendo da tale considerazione, parte della dottrina³⁵ ha sostenuto che la vera sanzione di questo reato non sarebbe l’ammenda ma la sanzione sostitutiva dell’espulsione prevista dall’art. 16, co. 1, T.u.imm.³⁶.

Ed è proprio su questo punto che emerge “un’ulteriore irragionevolezza del sistema: la sanzione sostitutiva nell’ambito del diritto penale è infatti di norma una sanzione meno grave di quella principale [...]. Qui si assiste, invece, veramente ad un paradosso: la sanzione sostitutiva [...] è più grave rispetto alla pena principale”³⁷.

Sempre sotto il profilo sanzionatorio merita, infine, di essere evidenziato un ulteriore punto debole della disciplina, derivante dalle possibili interferenze tra procedimento penale ed amministrativo a carico del migrante irregolare.

A tal fine è necessario chiarire preliminarmente che quando lo straniero viene sorpreso in condizione di “clandestinità”, parallelamente alla denuncia per il reato di cui all’art. 10-*bis* T.u.imm., di norma deve essere obbligatoriamente espulso in via amministrativa dal prefetto. Pertanto, dal momento dell’accertamento dell’irregolarità, si configurano a suo carico due procedimenti paralleli, entrambi volti all’allontanamento dal territorio nazionale: quello penale e quello amministrativo.

Orbene, se nelle more dello svolgimento del processo penale l’Amministrazione esegue l’espulsione coattivamente, il giudice, ai sensi dell’art. 10-*bis*, co. 5, T.u.imm., pronuncia sentenza di non luogo a procedere. In caso contrario il processo penale prosegue e, laddove si pervenga ad una pronuncia di condanna, si irrognerà la pena pecuniaria dell’ammenda, sostituibile con l’espulsione.

Si viene così a determinare un meccanismo farraginoso a fronte del quale “lo straniero [...] fa collezione di espulsioni: quella amministrativa del prefetto e quella del giudice di pace, con enorme dispendio di risorse e denaro pubblico”³⁸.

³⁴ G. SAVIO, *Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà*, in *asgi.it*, 11 gennaio 2016, p. 2.

³⁵ Cfr. A MANNA, *op. cit.*, p. 450.

³⁶ Tale disposizione, rubricata “*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*”, al primo comma prevede che “*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 ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all’articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell’articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l’esecuzione immediata dell’espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell’espulsione*”.

³⁷ A. MANNA, *op. cit.*, p. 452.

³⁸ G. SAVIO, *op. cit.*, p. 4. Rispetto all’argomentazione del dispendio di disponibilità pubbliche non si conviene con G. L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, cit., p. 196, laddove l’Autore sostiene che queste stesse risorse “potrebbero essere impiegate altrimenti, anche e proprio per aumentare il numero dei rimpatri e dei respingimenti, se non in missioni umanitarie di soccorso dei naufraghi nel Mare di Sicilia, o per azioni di solidarietà verso i paesi del terzo mondo”, in ragione della necessità, già evidenziata (vedi *supra*, par. 2), di liberarsi da approcci restrittivi e protezionistici nella gestione dei flussi migratori. In tal senso cfr. C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini*

È perspicuo, dunque, come la repressione penale dell'immigrazione irregolare giri ormai a vuoto, "inserendosi in modo del tutto inefficace, simbolico e stigmatizzante – e, dunque, costituzionalmente illegittimo – in un sistema sanzionatorio amministrativo che, a sua volta, si avvita su se stesso"³⁹.

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto fin qui detto, appare più che evidente come la fattispecie brevemente esaminata risulti davvero poco compatibile con un sistema penale teleologicamente finalizzato all'attuazione dei principi costituzionali fondamentali⁴⁰. Nonostante il diverso avviso della Corte costituzionale, infatti, non può condividersi l'assunto per il quale il bene giuridico di riferimento dell'art. 10-*bis* T.u.imm. sia rappresentato dall'interesse dello Stato alla gestione dei flussi migratori, né si riesce a negare il forte *deficit* di offensività che caratterizza la norma, con tutte le sue ricadute negative rispetto al finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. D'altronde, anche se, per assurdo, si volesse andare oltre alle censure di incostituzionalità appena evidenziate, l'analisi del profilo sanzionatorio della fattispecie mostra tutta la sua ineffettività e simbolicità, attraverso la previsione astratta di una pena pecuniaria realisticamente poco praticabile e di una pena sostitutiva che – oltre a generare dubbi di ragionevolezza del sistema – va a sovrapporsi confusamente alle sanzioni amministrative di allontanamento.

Tali considerazioni, unitamente alle precedenti valutazioni inerenti al quadro legislativo italiano in materia di immigrazione (*supra*, par. 2), non solo generano forti perplessità in ordine alla scelta dell'esecutivo di non procedere alla depenalizzazione del reato di "clandestinità", ma portano a ritenere che l'esercizio della suddetta delega da parte del Governo sia una condizione necessaria ma non ancora sufficiente per approntare le basi di un diritto penale dell'immigrazione costituzionalmente orientato. A tal fine, infatti, sembra imprescindibile, come già evidenziato, che il legislatore porti avanti un'ampia opera di riforma⁴¹ la quale, prendendo le distanze dalle politiche migratorie restrittive e protezionistiche adottate fino ad oggi con risultati più che fallimentari, sperimenti percorsi alternativi di integrazione ed inclusione sociale.

extracomunitari: presidi penali ed amministrativi al fenomeno dell'immigrazione, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 237 ss.

³⁹ A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁰ Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 2009, p. 37 ss; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 17 ss.

⁴¹ In questa direzione cfr. ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Il manifesto ASGI per riformare la legislazione sull'immigrazione*, in *asgi.it*, 20 gennaio 2013.