

# CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BOLOGNA

## LEGISLAZIONE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE ED ASILO

### LE FATTISPECIE PENALI E LE DISPOSIZIONI SANZIONATORIE

*Desi Bruno – Silvia Allegrezza\**

*1. Linee generali; 2. La condanna penale come condizione ostativa all'ingresso; 3. Una nuova ipotesi di falso: l'art. 5 co. 8-bis; 4. La mancata esibizione di documenti attestanti l'identità personale; 5. Gli obblighi dell'ospitante e del datore di lavoro; 6. Disposizioni contro l'immigrazione clandestina: le modifiche apportate all'art. 12; 7. (segue) Procurata emigrazione illegale; 8. Le nuove ipotesi autonome di reato e le modifiche al regime delle circostanze aggravanti; 9. Il giudizio direttissimo atipico; 10. La penalizzazione della clandestinità; 11. Espulsione e processo penale; 12. Espulsione ed esecuzione della pena; 13. Lo straniero come vittima del reato: il grande assente.*

#### **1. Linee generali**

Dal testo della recente l. 30 luglio 2002, n. 189<sup>1</sup>, risulta esplicita l'opzione legislativa per il ricorso allo strumento penale non solo come misura di contrasto ai fenomeni patologici dell'universo immigrazione ma anche a scopo preventivo.

Evidente pertanto il potenziamento della logica dell'esemplarità. L'intervento normativo si basa sull'assunto, sconfessato dai dati statistici, secondo cui all'aumento dell'immigrazione si accompagna necessariamente un incremento delle manifestazioni criminose. La questione dell'immigrazione è impostata come tema e problema di ordine pubblico: l'idea è che comunque la presenza di immigrati nel territorio nazionale

<sup>1</sup>\* Silvia Allegrezza ha curato i paragrafi 6,7,8 e 9.

In G.U. 26 agosto 2002, serie generale, p. 5. Per un commento al recente intervento normativo, si veda G. BOGNETTI, *Il progetto di una nuova legge sull'immigrazione*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1405.

attiene prima di tutto alla sicurezza dello Stato intesa nel senso "proprio" di tutela e di difesa dell'ordine pubblico<sup>2</sup>.

Non solo questa equazione non corrisponde a realtà, ma lo stesso fenomeno di microcriminalità, nei cui confronti sempre più spesso si invoca lo slogan "tolleranza zero", è in forte ribasso già da oltre dieci anni<sup>3</sup>. Eppure "un *leitmotiv* ossessivamente ripetuto dai media e avallato da gran parte della politica colloca le ragioni dell'insicurezza nell'esplosione della microcriminalità e nella invasione degli immigrati"<sup>4</sup>.

Numerosi i dubbi di costituzionalità che coinvolgono l'intero provvedimento nonché la *ratio* ispiratrice dello stesso, sia sotto il profilo del rischio del mancato rispetto dei diritti fondamentali che in relazione al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Si pensi ad esempio alla disciplina relativa alle impronte digitali ed al suo palese contrasto con l'art. 13 Cost. Se appare comprensibile ricorrere a tali rilievi nel caso in cui "vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero" (art. 6 co. 4 T.U.<sup>5</sup>), casi peraltro già coperti dal combinato disposto dell'art. 4 e dell'art. 7 disp. att. del T.U.L.P.S., altrettanto non può dirsi dei medesimi rilievi compiuti al momento della richiesta o del rinnovo del permesso di soggiorno (art. co. 2-*bis* e 5-*bis*). Il legislatore, immemore di quanto statuito dalla Corte Costituzionale<sup>6</sup> - secondo cui la parziale limitazione delle libertà personali in relazione alle impronte digitali in tanto si giustifica in quanto è "una forma di prestazione imposta, al fine della prevenzione dei reati, a certi individui che si trovino in determinate condizioni previste dalla legge" - ha generalizzato l'obbligo per tutti gli stranieri, aderendo implicitamente all'assunto che vuole l'immigrato già gravato di una presunzione di pericolosità sociale. Palese poi il profilo discriminatorio, sempre in nome della massima enfaticizzazione dell'ordine pubblico inteso come necessità di arginare in ogni modo la presenza di cittadini extracomunitari nel territorio nazionale: mentre le disposizioni del T.U.L.P.S. si applicano ovviamente anche ai cittadini italiani e comunitari, la norma speciale limita la necessità dei rilievi fotodattiloscopici "preventivi" ai soli cittadini extracomunitari. Ancora più grave sotto il

---

<sup>2</sup> Così, M. CERASE, *Commento alla L. n. 189 del 2002*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1344.

<sup>3</sup> Cfr. i dati raccolti dall'ISTAT e riportati da L. PEPINO, *Sicurezza, microcriminalità ed immigrazione (Il pensiero unico alla prova dei fatti e dei giudici)* in *Questione Giustizia*, 2001; M. BARBAGLI, *L'occasione e l'uomo ladro. Furti e rapine in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1995.

<sup>4</sup> Vedi Lavori parlamentari, senato della Repubblica, sedute dal 19 al 28 febbraio 2002.

<sup>5</sup> Il riferimento è al Testo Unico sulla normativa in materia di immigrazione ed asilo di cui al d. lgs. N. 286 del 1998.

<sup>6</sup> Corte cost., sentenza n. 30 del 1962.

profilo della presunzione di pericolosità appare l'aver esteso la sottoposizione ai suddetti rilievi per coloro che richiedono il rinnovo del permesso di soggiorno; almeno per questi ultimi avrebbe dovuto prevalere la contraria presunzione di integrazione nel tessuto sociale del paese. Quanto poi alle modalità del trattenimento presso le Questure per procedere ai rilievi, si deve prendere atto delle difficoltà di vigilare sui possibili abusi relativi alla durata: la permanenza in Questura appare una "zona grigia" nella quale non sono previsti specifici interventi difensivi.

In tema di giustizia penale, non sono mancate voci che hanno correttamente sottolineato come le modifiche apportate vadano nel senso di creare un "diritto penale speciale" per gli immigrati ed un nuovo ulteriore binario processuale in cui le garanzie costituzionali, fra cui quelle di recente inserite (art. 111 Cost.), risultano fortemente disattese se non annullate in radice (si pensi alla preferenza accordata all'espulsione rispetto al diritto di difesa qualora lo straniero sia sottoposto a procedimento penale).

Queste le linee direttrici dell'intervento legislativo:

- inasprimento del trattamento sanzionatorio (es. comma 3-bis art. 12)
- ampliamento della sfera del penalmente rilevante mediante due tipologie di intervento:
  - a) si creano nuove fattispecie *ad hoc*
  - b) si trasformano in fattispecie autonome delle circostanze aggravanti per sottrarle al giudizio di bilanciamento.

Non si disdegna un uso improprio dello strumento processuale, potenziando considerevolmente il ricorso alle misure dell'arresto, del fermo e della custodia cautelare, nonché abusando dell'istituto del giudizio direttissimo atipico.

Un cenno a parte merita la misura della espulsione amministrativa che, per quanto qui interessa, entra a pieno diritto fra gli istituti di diritto e procedura penale, rappresentando al contempo presupposto del reato, condizione ostativa alla procedibilità, misura alternativa alla detenzione.

## **2. La condanna penale come situazione ostativa all'ingresso**

La nuova previsione di cui all'art. 4 T.U. esclude l'ingresso dello straniero condannato (è da intendersi in Italia?) per aver commesso, oltre a quelli previsti dall'art. 380 co. 1 e 2 c.p.p., determinati reati fra cui il

favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina, reati in materia di stupefacenti, di sfruttamento della prostituzione o diretti allo sfruttamento dei minori. Dalla formulazione letterale, tali reati sembrano costituire un numero chiuso e pertanto l'elencazione di cui al comma 3 dell'art. 4 deve considerarsi tassativa.

Il requisito dell'avvenuta condanna è da intendersi riferito ad una sentenza penale passata in giudicato: lo impone il dettame costituzionale di cui all'art. 27 co. 2, anche se non mancano nel settore della pubblica sicurezza letture poco sensibili al principio di non colpevolezza, che tentano di rimediare alla lunghezza dei processi penali rivendicando piena autonomia di giudizio anche in relazione a fattispecie di dichiarato rilievo penale. Ed a ben vedere, lo stesso comma prevede che analogo impedimento all'ingresso sussista in relazione a coloro che siano considerati "una minaccia per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato", intendendo così richiamare quei parametri di valutazione autonomi degli organi preposti ai controlli di pubblica sicurezza.

Una novità di rilievo è l'inclusione della sentenza di patteggiamento nel novero dei titoli di condanna idonei ad escludere l'ingresso del cittadino straniero. Conclusione peraltro difforme dal costante orientamento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che nega valore di accertamento alla sentenza che applica la pena su accordo delle parti. Il frequente ricorso a tale epilogo del processo, specie in materie in cui il tasso di criminalità extracomunitaria risulta particolarmente alto, ha evidentemente consigliato l'inclusione del patteggiamento fra i titoli ostativi, sebbene la disciplina dell'applicazione della pena presenti peculiarità tali da porsi in netto contrasto con la preclusione in esame. Fra gli effetti premiali del patteggiamento rientra invero l'estinzione del reato e di ogni altro effetto penale ex art. 445 c.p.p. Quali pertanto le ricadute sul cittadino extracomunitario a cui si è negato il visto d'ingresso in forza di un precedente patteggiamento, decorso il termine prima richiamato?

Analogo quesito si pone in tema di riabilitazione ex art. 178 c.p. che, com'è noto, estingue le pene accessorie nonché ogni effetto penale della condanna. È quindi lecito domandarsi se l'intervenuta riabilitazione possa integrare una condizione risolutiva di quel requisito negativo all'ingresso nel territorio italiano di cui all'art. 4 co. 3.

### **3. Una nuova ipotesi di falso: art. 5 comma 8-bis.**

L'ipotesi della contraffazione di documenti al fine di favorire l'immigrazione clandestina non veniva espressamente disciplinata dalla precedente versione del T.U.: la normativa di riferimento risultava pertanto il capo III del libro II del codice penale. Anche di recente, la giurisprudenza di legittimità ha individuato il delitto di falso ideologico con riferimento all'art. 48 c.p. nel caso in cui si attestassero falsamente instaurandi rapporti di lavoro o la disponibilità di adeguata sistemazione abitativa, in tal modo determinando il rilascio, da parte degli organi competenti autorizzazioni al lavoro e permessi di soggiorno<sup>7</sup>.

Quanto alla nuova disposizione, si tratta di un reato comune a dolo generico per quanto riguarda il primo periodo del comma 8-*bis* dell'art. 5 T.U., espressamente dedicato alla tutela della genuinità dei documenti "tipici" in materia di immigrazione (visto d'ingresso o reingresso, permesso di soggiorno, contratto di soggiorno e carta di soggiorno).

Necessita invece il dolo specifico l'ipotesi prevista dal secondo periodo, in cui si considera la contraffazione o l'alterazione di qualsivoglia documento "al fine di determinare il rilascio di un visto d'ingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno".

Il trattamento edittale per i privati viene parificato al falso materiale del pubblico ufficiale in atto pubblico: da uno a sei anni.

La qualifica di pubblico ufficiale rileva solo ai fini sanzionatori, essendo prevista un'aggravante speciale al terzo periodo del medesimo comma, tale da rendere la pena più severa rispetto alla ordinaria previsione di falsità materiale in atto pubblico.

Indubbia la qualifica di atto pubblico per tutti quei documenti attestanti la regolare presenza del cittadino extracomunitario sul territorio nazionale (nozione che la giurisprudenza di legittimità considera più ampia rispetto alla definizione di cui all'art. 2699 c.c.: "vi rientrano tutti i documenti formati dal pubblico ufficiale [...] attestanti fatti da lui compiuti o avvenuti in sua presenza ed aventi attitudine ad assumere rilevanza giuridica"<sup>8</sup>).

<sup>7</sup> Così, Cass., 8 maggio 2002, Galgano, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1083.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., 5 maggio 1976, n. 8151. Con particolare riferimento al permesso di soggiorno, si veda Cass., 26 novembre 1998, D'Angeli, secondo cui: "il permesso di soggiorno rilasciato a cittadini extracomunitari non può considerarsi semplice certificato né autorizzazione amministrativa, ma

Sembra invece da escludere la qualifica di atto pubblico per il contratto di soggiorno, atto privato che assume rilevanza pubblica solo indirettamente.

Se l'atto fa fede fino a querela di falso, la reclusione va da tre a dieci anni. Da considerare sin da ora che l'ipotesi non copre l'utilizzo di tali documenti, comportamento integrante la circostanza aggravante di cui comma primo dell'art. 12 T.U.

#### **4. La mancata esibizione di documenti attestanti l'identità personale.**

Sebbene la formulazione della norma non sia stata alterata dalla novella in esame, la fattispecie merita qualche rilievo in quanto ha dato luogo ad un forte contrasto giurisprudenziale in sede di legittimità<sup>9</sup>.

Il reato ha natura contravvenzionale, istantanea ed a condotta omissiva. Il trattamento sanzionatorio è molto severo (arresto fino a sei mesi oltre ammenda) se paragonato all'analoga fattispecie di cui all'art. 651 c.p. (arresto sino ad un mese). Essa presenta inoltre aspetti di dubbia costituzionalità in relazione agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost.: la semplice caratteristica di straniero non può bastare a fondare una tale disparità di trattamento rispetto al cittadino comunitario.

La norma pare porsi in rapporto di specialità solo con le altre fattispecie delle leggi di pubblica sicurezza, non anche con l'art. 651 c.p. se si accompagna al rifiuto di indicare le proprie generalità<sup>10</sup>.

In giurisprudenza si era posta la questione relativa all'applicabilità della norma in esame ai cittadini extracomunitari privi di documenti comprovanti la regolarità del soggiorno.

I termini del contrasto giurisprudenziale sono ben illustrati in una recente pronuncia di legittimità<sup>11</sup>.

Secondo un primo orientamento<sup>12</sup>, la disposizione in esame, per la sua collocazione, per le finalità che intende perseguire, per il suo significato letterale e logico sistematico, si riferisce agli stranieri che siano regolarmente entrati in Italia e a quelli che, pur essendo entrati

costituisce un atto che, nell'ambito della tutela penalistica in tema di falso, va qualificato pubblico e, pertanto, commette il reato di cui all'art. 479 c.p. il soggetto che, inducendo in errore con l'inganno il pubblico ufficiale, lo determina ad attestare falsamente la sussistenza dei presupposti per la concessione del permesso".

<sup>9</sup> Sul tema, vedi M. PICCARDI, *E' reato la mancata esibizione del documento di identificazione da parte dell'extracomunitario clandestino?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2899.

<sup>10</sup> Cass., 14-07-89, Poma in *Cass. Pen.*, 1990, 1503

<sup>11</sup> Cass., 6 aprile 2001, p.m. in c. El Rhalmi.

<sup>12</sup> Cass., 11 novembre 1999, Karim Sami.

illegittimamente, siano in possesso di un qualsiasi documento che valga ad identificarli, e ciò in quanto non è stato penalmente sanzionato in nessuna parte della l. 6 marzo 1998 n. 40 (il cui contenuto è stato trasfuso pressoché integralmente nel D.L.vo n. 286 del 1998) l'ingresso clandestino dello straniero nel territorio dello Stato, essendo state previste per esso delle sanzioni meramente amministrative: le sanzioni penali, secondo questo indirizzo, riguardano l'attività di coloro che favoriscono l'ingresso clandestino degli stranieri o la loro permanenza nel territorio dello Stato.

Un secondo orientamento<sup>13</sup>, invece, ritiene che la volontà legislativa sia nel senso di sanzionare lo straniero, regolare o meno, che non sia in grado di dare contezza di sé al fine di consentire i previsti controlli sul proprio stato per irrinunciabili motivi di ordine e di sicurezza pubblica. L'interesse alla identificazione, precisa questo indirizzo, riguarda sia lo straniero entrato "regolarmente" nel territorio dello Stato che potrebbe, con il comportamento contestato, rendere più difficile un'eventuale condanna penale o la sua esecuzione, sia lo straniero "irregolare", la cui mancata identificazione potrebbe ostacolare o comunque ritardare la procedura di espulsione.

Quest'ultimo filone interpretativo ha prevalso nella giurisprudenza di legittimità<sup>14</sup>. Ed invero, la norma non sanziona la condotta di colui che rifiuta di esibire la documentazione esemplificativamente elencata, ma soltanto la sua mancata esibizione, presupponendo con ciò che, in ogni caso, fatta salva l'impossibilità di essere in grado di provvedervi per giustificati motivi (da intendersi come non collegabili ad un proprio comportamento volontario), lo straniero ha comunque l'obbligo di possederla.

La condizione di clandestinità, peraltro, non è necessariamente connessa alla mancanza di documenti di identità. Il cittadino extracomunitario può essere clandestino, perché sfornito del permesso o della carta di soggiorno in Italia, e nello stesso tempo risultare fornito di altri documenti, che ne consentano l'identificazione.

Ne deriva che l'interesse all'identificazione riguarda sia lo straniero entrato "regolarmente" nel territorio dello Stato - il quale, per esempio, ometta l'esibizione del documento sperando di sottrarsi all'esecuzione di un'eventuale condanna penale - sia lo straniero "irregolare", che la ometta

---

<sup>13</sup> Cass., 4 novembre 1999, Lechbeb Khalit.

<sup>14</sup> Si registrano anche di recente pronunce in senso opposto, vedi Cass., 18 luglio 2001, Jalal Mohamed, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2898.

per rendere più difficile o comunque ritardare la prevista procedura di espulsione.

### **5. Gli obblighi dell'ospitante e del datore di lavoro**

La legge n. 189 del 2002 introduce all'art. 7 co. 2 una nuova sanzione amministrativa tesa a punire l'omessa o incompleta comunicazione da parte di chi alloggia, ospita o assume alle proprie dipendenze uno straniero o apolide. L'ospitante non è tenuto ad accertare la regolarità della presenza nel territorio nazionale dello straniero, essendo sufficiente l'indicazione dei documenti d'identità del paese d'origine.

Altrettanto non può dirsi per il datore di lavoro: la disposizione in esame integra quanto stabilito dal comma 12 dell'art. 22 T.U., reato contravvenzionale teso a sanzionare l'impiego di stranieri (non è fatta menzione degli apolidi) privi di regolari titoli di soggiorno. Rispetto a quanto già previsto dal comma 10 della precedente versione dell'art. 22, sono da segnalare solo due aspetti:

1 – inasprimento della sanzione che ora consente la cumulabilità dell'arresto con l'ammenda aumentata a 5000 euro per ogni lavoratore impiegato.

2 – ampliamento della sfera del punibile mediante l'estensione all'ipotesi di impiego di straniero dotato di permesso di soggiorno (è da intendersi, valido) il cui rinnovo non sia stato chiesto nei termini.

Si introduce quindi un obbligo di controllo da parte del datore di lavoro difficilmente gestibile per chi occupa alle proprie dipendenze un numero ingente di lavoratori stranieri.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità si era già espressa in termini particolarmente severi<sup>15</sup>, affermando che: “Ai fini della configurabilità della contravvenzione prevista dall'art. 20, comma ottavo, della legge n. 40 del 1998 (impiego, alle proprie dipendenze, di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno), il termine "occupa" non va inteso come riferito esclusivamente al momento dell'assunzione, ma racchiude in sé l'idea del protrarsi nel tempo del rapporto di lavoro e, quindi, anche della condotta illecita penalmente perseguita. (Fattispecie nella quale il lavoratore, all'atto dell'assunzione, era munito di permesso di soggiorno successivamente scaduto).”

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass., 6 dicembre 1999, Fontana.

La giurisprudenza ha talvolta escluso che l'impiego di lavoratori stranieri irregolari integri l'ipotesi di favoreggiamento della illegale permanenza degli stessi ai sensi del comma 5 art. 12 T.U. (norma non modificata dall'ultimo intervento legislativo), essendo a tal fine necessaria la finalità di ingiusto profitto. In questo senso<sup>16</sup> si è sostenuto che “Il reato di favoreggiamento della illegale presenza di stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato, previsto dall'art.12, comma 5, del T.U. approvato con D.Lvo. 25 luglio 1998 n. 286, non è configurabile per il solo fatto dell'assunzione al lavoro di immigrati clandestini, occorrendo anche la finalità di "ingiusto profitto", riconoscibile soltanto quando si esuli dall'ambito del normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera come, ad esempio, nel caso di impiego dei clandestini in attività illecite o in quello dell'imposizione a loro carico di condizioni gravose o discriminatorie di orario e di retribuzione; condizioni, queste, in assenza delle quali può soltanto configurarsi il reato contravvenzionale di cui all'art.22, comma 10, del citato D.Lvo. n.286/1998. Non sono mancate pronunce contrarie<sup>17</sup> che affermano come “L'impiego di lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni di illegalità con la corresponsione di minime retribuzioni connota il fine di lucro ed il conseguente ingiusto profitto tratto dalla citata condizione di illegalità sanzionato dall'art. 12, quinto comma, del D.Lvo. 25 luglio 1998 n. 286, atteso che in tal modo si favorisce la permanenza dell'immigrato extracomunitario nel territorio dello Stato al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero”.

#### **6. Disposizioni contro l'immigrazione clandestina: le modifiche apportate all'art. 12**

- La recente novella ha come direttrici principali:

- a) modificare la descrizione della condotta delle fattispecie già previste dal testo unico
- b) rendere alcune delle circostanze aggravanti di cui al vecchio comma 3 delle fattispecie autonome di reato per sottrarle al giudizio di bilanciamento
- c) introdurre nuove fattispecie frutto di osservazioni empiriche sulle tipologie criminose maggiormente connesse al fenomeno immigrazione.

<sup>16</sup> Cass., 28 giugno 2000, P.M. in c. Mao.

<sup>17</sup> Così, Cass., 8 marzo 2001, Du Li T.

Quanto alla procurata immigrazione clandestina, la struttura del reato resta invariata nei suoi elementi tipizzanti: fattispecie dolosa a condotta libera, reato a consumazione anticipata. Inalterate restano anche le critiche sulla scarsa tipicità e determinatezza della norma e sul conseguente contrasto con l'art. 25 co.2 Cost. Sebbene non si sia giunti ad una pronuncia di illegittimità, la giurisprudenza della Suprema corte ha rilevato come "dall'omnicomprensivo riferimento alla violazione delle disposizioni del testo unico, può derivare soltanto una maggiore difficoltà di individuazione e ricostruzione della fattispecie concreta, ma non anche un difetto di tipicità della fattispecie astratta, in sé compiutamente definita e comprendente, al suo interno, ogni possibile combinazione della prevista attività diretta a favorire l'ingresso di stranieri in Italia"<sup>18</sup>.

La consumazione anticipata è dettata dalla presenza della locuzione “atti diretti a”<sup>19</sup>: sul punto la giurisprudenza non ha dubbi: il reato non richiede, per il suo perfezionamento che l'ingresso illegale sia effettivamente avvenuto<sup>19</sup>.

Quanto all'elemento oggettivo, all'espressione “chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso in violazione del presente testo” viene sostituita la seguente “chiunque compia atti diretti a procurare l'ingresso”

Risulta di non immediata percezione la *ratio legis* che ha indotto il legislatore a sostituire il verbo “favorire” con “procurare”. Se l'intero provvedimento sembra diretto a potenziare lo strumento repressivo ed a sanzionare con maggior rigore il fenomeno dell'immigrazione clandestina la diversa descrizione della condotta di cui all'art. 12 T.U. sembra andare nella direzione opposta.

Una prima lettura potrebbe concludere per l'esclusione dalla sfera di punibilità di quegli atti idonei in concreto a procurare l'immigrazione clandestina. Si ponga ad esempio l'ipotesi di un comportamento che meramente agevoli l'ingresso illegale, senza però avere quei caratteri di idoneità al raggiungimento dello scopo: il concetto di procurare sembra escluderne la rilevanza penale, mentre l'ampiezza del “favorire” ne avrebbe consentito la sanzionabilità.

La lettura offerta ha ricevuto consensi da parte dei primi commentatori<sup>20</sup>: la sostituzione delle ipotesi di favoreggiamento con la procurata immigrazione illegale restringe lo spettro di condotte concretamente perseguibili. Ciò nonostante, in dottrina si è sostenuto come appaia fuor di

<sup>18</sup> In questi termini, Cass., 8 maggio 2002, Galgano.

<sup>19</sup> Fra le tante, vedi Cass., 25 ottobre 2000, Habibi.

<sup>20</sup> JANNONE, *Identificazione certa con il rilievo delle impronte*, in *Guida dir.*, f. 34, 2002, p. 43.

dubbio che fra la vecchia e la nuova disciplina sussista successione di leggi penali nel tempo<sup>21</sup>.

Si consideri inoltre l'ampia accezione data in sede di legittimità al concetto di favoreggiamento: per "attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione della legge" non devono intendersi soltanto quelle condotte specificamente mirate a consentire l'arrivo e lo sbarco degli stranieri, ma anche quelle, immediatamente successive a tale ingresso, intese a garantire la buona riuscita dell'operazione, la sottrazione ai controlli della polizia e l'avvio dei clandestini verso località lontane dallo sbarco e, in genere, tutte quelle attività di fiancheggiamento e di cooperazione con le attività direttamente e in senso stretto collegabili all'ingresso dei clandestini<sup>22</sup>.

E ancora: "Integra il reato di cui all'art.10 della legge n.40 del 1998 anche il contributo preventivamente offerto, diretto a favorire l'ingresso clandestino di stranieri nel territorio dello Stato. (Fattispecie nella quale il ricorrente deduceva la insussistenza del reato essendosi lo stesso limitato a trasportare i clandestini dopo che essi avevano già varcato il confine. Nell'enunciare il principio di cui in massima, la S.C. ha ritenuto manifestamente infondata la doglianza, in quanto l'imputato, prima ancora di prendere in consegna i clandestini, si era accordato con il coimputato per svolgere l'attività richiesta)"<sup>23</sup>.

La sostituzione del termine "favorire" con "procurare" dovrebbe condurre ad escludere la rilevanza penale, quantomeno ai sensi del primo e terzo comma dell'art. 12, di tutti quei comportamenti estranei all'arrivo, allo sbarco o comunque all'entrata irregolare dello straniero nel territorio dello Stato. Specificamente, dovranno considerarsi penalmente irrilevanti quei comportamenti meramente volti a "facilitare" l'ingresso clandestino<sup>24</sup>.

Le condotte così escluse dai co. 1 e 3 dell'art. 12 potrebbero integrare l'ipotesi di cui al comma 5 ove sembra configurarsi un'ipotesi residuale per le condotte di favoreggiamento alla permanenza nel territorio dello Stato pur sorrette dal dolo specifico di ingiusto profitto. Si tratterà poi di verificare la sussistenza dell'ipotesi di procurata emigrazione illegale, ovvero l'applicabilità del comma 5 del medesimo articolo espressamente dedicato al favorire la permanenza irregolare.

---

<sup>21</sup> M. CERASE, *Commento*, cit., p. 1347.

<sup>22</sup> Cass., 19 maggio 2000, Carrozzo.

<sup>23</sup> Cass., 9 giugno 2000, Hotez I.

<sup>24</sup> Cass., 19 maggio 2000, Carrozzo.

Potrebbero sussistere problemi relativi all'ambito di applicabilità territoriale del diritto italiano. Nei casi dubbi, la giurisprudenza di legittimità richiedeva la previa intesa con un centro di organizzazione operante nel territorio nazionale, il che rendeva il fatto perseguibile in Italia, ai sensi dell'art.6 c. p. (nel caso gli imputati avevano organizzato il trasporto via mare, dall'Albania all'Italia, di un gruppo di extracomunitari i quali erano stati all'uopo imbarcati su di una nave che però, a causa di una tempesta, era stata soccorsa, prima del suo ingresso nelle acque territoriali, da mezzi della marina italiana che l'avevano rimorchiata in un porto nazionale)<sup>25</sup>.

### **7. (segue) Procurata emigrazione illegale**

L'eventuale apporto all'ingresso illegale in uno Stato terzo viene ora esplicitamente sanzionato dal medesimo comma 1: si conia la nuova categoria della procurata emigrazione clandestina tesa a punire "chiunque compia atti diretti a procurare l'ingresso illegale in un altro Stato del quale la persona (non solo lo straniero) non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente".

Tale condotta, prima dell'intervento normativo in commento, non veniva considerata penalmente rilevante. Questa l'essenza delle soluzioni giurisprudenziali: "In tema di disciplina dell'immigrazione, non costituisce reato la condotta di chi, senza essere concorso nella attività illecita diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, ovvero senza favorirne la permanenza, si adopera per favorire la uscita dal territorio nazionale di stranieri clandestini, atteso che l'art. 10 della legge n. 40 del 1998 non prevede come reato - a differenza dell'art. 12 l. n. 143 del 1986, abrogata - l'attività di intermediazione di movimenti illeciti, o comunque clandestini, di lavoratori migranti, che non si risolvono nel favorire materialmente il loro ingresso o la loro permanenza nello Stato"<sup>26</sup>.

Privo di senso risulta il richiamo alle norme del testo unico per le condotte relative all'emigrazione illegale.

### **8. Le nuove ipotesi autonome di reato e le modifiche al regime delle circostanze aggravanti**

<sup>25</sup> Cass., 25 ottobre 2000, Habibi.

<sup>26</sup> Cass., 22 novembre 2000, P.M. in c. Durante.

La vecchia versione del primo periodo prevedeva solo circostanze aggravanti ad effetto speciale relative a:

- fine di lucro (diventa fattispecie autonoma)
- ingresso di cinque o più stranieri (aggiunta l'ipotesi di permanenza illegale e ulteriormente aumentata la pena di cui al comma 3)
- fatto commesso da tre o più persone (identica)
- utilizzazione di mezzi di trasporto internazionale (identica)
- uso di documenti contraffatti (identica)

La sanzione prevedeva la reclusione da quattro a dodici anni e trenta milioni di multa per ogni straniero.

Che si trattasse di circostanze aggravanti e non di ipotesi autonome di reato era acquisizione pacifica in giurisprudenza<sup>27</sup>.

Con le recenti modifiche, il primo periodo del comma 3 disciplina una figura autonoma di reato: se le condotte di cui al comma primo sono poste in essere al fine di trarne profitto anche indiretto la pena è da quattro a dodici e la multa di Euro 15.000 per ogni persona.

Il fine di lucro diviene pertanto elemento di una fattispecie autonoma che partecipa delle medesime caratteristiche della fattispecie madre di cui al comma 1 (reato a condotta libera, consumazione anticipata), differenziandosi per la necessaria sussistenza del dolo specifico, individuato nel fine lucro.

Stando al secondo periodo del comma 3, la pena è identica se:

- il fatto è commesso in concorso da tre o più persone
- utilizzando servizi internazionali di trasporto
- utilizzando documenti contraffatti o comunque illegalmente ottenuti.

Le suddette ipotesi mantengono natura di circostanze aggravanti indipendenti ad effetto speciale, hanno natura oggettiva, non sono escluse dal giudizio di bilanciamento in quanto non richiamate dal co. 3-*quater* dell'art. 12 T.U.

Più complesso risulta stabilire se esse trovino applicazione solo in riferimento al comma 3 oppure si estendano al comma 1.

La soluzione del quesito dipende da che cosa si intende per fatto:

---

<sup>27</sup> cfr. Cass. pen., 4 dicembre 2000, Visse: "Le ipotesi di cui all'art. 12, comma terzo, del T.U. sull'immigrazione approvato con D.L.G. 25 luglio 1998 n.286 non configurano reati autonomi ma circostanze aggravanti ad effetto speciale rispetto all'ipotesi semplice del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, quale delineata nel comma primo del citato articolo."

1 – se si intende la condotta comprensiva del dolo specifico, che quindi entra nella tipicità soggettiva, allora il riferimento è solo al primo periodo del comma 3

2 – se invece si esclude dalla tipicità soggettiva il dolo specifico, l'aggravante si applicherà anche al comma 1.

Con riferimento alla circostanza relativa all'utilizzo di documenti contraffatti o illegalmente ottenuti, questa non sembra assorbire l'ipotesi di cui all'art. 5 co. 8-*bis*. Se quest'ultima detta una disciplina specifica in tema di falsità materiale di determinati documenti attestanti la regolarità del soggiorno, la circostanza aggravante in esame sembra volta a sanzionare la mera detenzione, sollevando non pochi dubbi relativamente all'accertamento della colpevolezza. Ciò dovrebbe imporre un esame approfondito in merito alla consapevolezza della non genuinità dei documenti.

Il nuovo comma 3-*bis* racchiude tre circostanze aggravanti di natura oggettiva che operano sulle pene stabilite dal comma 3:

- 1 – ingresso o permanenza illegale di cinque o più persone
- 2 – esposizione al pericolo per la sua vita o la sua incolumità
- 3 – trattamento inumano o degradante.

Di queste, solo la prima trovava puntuale previsione nella precedente versione del Testo Unico (art. 12 co. 3), sebbene la formulazione non includesse l'ipotesi della permanenza illegale (l'aggettivo è stato introdotto dalla Camera dei deputati).

Le altre sono novità assolute che nascono dall'esperienza quotidiana: è dato sociologico e criminologico assolutamente veritiero che molti cittadini extracomunitari vengono sottoposti a trattamenti inumani da parte di coloro che gestiscono il traffico di persone. La precarietà dei mezzi di trasporto, spesso inadeguati, il sovraffollamento degli stessi, la ferocia dei nuovi schiavisti sono frequente causa di tragedie al largo delle nostre coste.

Il nuovo comma 3-*ter* riproduce quanto precedentemente stabilito dal secondo periodo del comma 3.

Restano circostanze soggettive ad effetto speciale relative a :

- reclutamento e sfruttamento prostituzione
- ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento

Sono circostanze indipendenti, ad effetto speciale, di natura soggettiva.

Il trattamento sanzionatorio non varia: da cinque a quindici anni di reclusione e Euro 25.000 di multa per ogni straniero.

Le aggravanti in esame dovrebbero trovare applicazione in relazione alla sola fattispecie di cui al comma 3 – e non quindi al comma 1 - risultando il dolo specifico come requisito implicito delle circostanze stesse. Anzi, queste si presentano come specificazioni ulteriori del dolo specifico di cui al comma 3.

La giurisprudenza in materia di induzione alla prostituzione ha mostrato grande rigore nell'escludere la sussistenza di un rapporto di specialità fra il reato di cui all'art. 3, comma 1, n. 6, della legge n. 75 del 1958 (Induzione di taluno a recarsi nel territorio di altro Stato per esercitare la prostituzione) ed il reato di cui all'art. 3, comma 8, della legge n. 39 del 1990 (Favoreggiamento all'ingresso clandestino di stranieri, attualmente previsto e sanzionato dall'art. 10, comma 1, della legge n. 40 del 1998) essendo diversi gli interessi tutelati e le condotte sanzionate dalle due norme, atteso che la prima è esclusivamente finalizzata ad impedire l'induzione e la diffusione della prostituzione e sanziona la condotta di colui che induce taluno a recarsi nel territorio di altro Stato, o comunque in luogo diverso da quello della residenza abituale, per esercitarvi la prostituzione, mentre la seconda tutela i beni giuridici della sicurezza interna e della disciplina del mercato del lavoro e sanziona la condotta di colui che favorisce l'ingresso "clandestino" di stranieri nel territorio dello Stato italiano, sicché quest'ultima fattispecie criminosa non può ritenersi compresa nella prima<sup>28</sup>.

Si rinvengono acute decisioni di merito in senso opposto: “l'art. 12 co. 3 del d.l. 289/98 può dirsi norma speciale unicamente in relazione alla fattispecie di cui al n. 6 dell'art. 3 l. 75/58 [...] perché tale condotta è interamente assorbita in quella di recente introduzione, la quale presenta il carattere specializzante consistente nella “clandestinità” della introduzione, e nel fatto che lo stato in cui si entra sia quello italiano”. Non può ritenersi invece alcun rapporto di specialità fra l'art. 12 co. 3 della 289/98 e le ipotesi di reclutamento di cui al n. 4 dell'art. 3 l. 75/58 perché l'art. 12 co. 3 d.l. 289/98 “si consuma con il mero fatto del compimento delle attività dirette all'introduzione clandestina delle persone, mentre la condotta richiesta non copre in alcun modo il fatto del reclutamento, che rimane confinato nell'elemento soggettivo del reato, per caratterizzarne la natura di dolo specifico. Per contro, il n. 4 dell'art. 3 della l. 75/58 si integra con la materiale condotta del reclutamento e cioè non consiste in un elemento oggettivo che non è necessario per la ricorrenza dell'altra fattispecie”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Così, Cass., 10 maggio 2000, Consoli.

<sup>29</sup> G.I.P. Trib. Bologna, 19 maggio 2002.

Il nuovo comma 3-*quater* persegue il fine di inasprire il trattamento sanzionatorio mediante l'esclusione delle aggravanti di cui ai co. 3-*bis* e 3-*ter* dal giudizio di comparazione fra circostanze ex art. 69 c.p. A questa regola fa eccezione l'attenuante della minore età.

Il nuovo comma 3-*quinqüies* introduce un'attenuante ad effetto speciale (pene diminuite fino alla metà) per chi pone in essere un ravvedimento post-delittuoso, eliminando le conseguenze del reato, collaborando attivamente con gli organi preposti o sottraendo risorse rilevanti. La diminuzione in questione, ricalcata almeno in parte sulle attenuanti speciali previste in materia di stupefacenti (art. 73 co. 7 e 74 co. 7 d.p.r. 309/90) trova la sua ragion d'essere nell'intento del legislatore di estendere la normativa "premiale" anche alla criminalità non associativa, laddove il particolare allarme sociale nonché le difficoltà connesse al tipo d'illecito possono trovare enorme giovamento dalla partecipazione attiva dei soggetti coinvolti.

La formulazione letterale induce a ritenere che la diminuzione troverà applicazione solo in caso di aiuto "concreto", ad esempio nella raccolta di prove "decisive", lasciando quindi ampio spazio discrezionale al giudicante. L'ipotesi sembra assorbire l'attenuante comune di cui all'art. 62 n.6 c.p.: questa potrebbe però trovare applicazione in tutte quelle ipotesi in cui il ravvedimento operoso non abbia raggiunto quel livello qualitativo richiesto dalla diminuzione speciale.

Il nuovo comma 3-*sexies* esclude l'applicabilità dei benefici penitenziari (assegnazione al lavoro esterno, permessi premio, misure alternative) per i detenuti o gli internati per delitti previsti dall'art. 12 co. 3, 3-*bis* e 3-*ter* T.U., accomunando pertanto tali fattispecie alle manifestazioni criminose più gravi previste dal nostro ordinamento e sancendo il massimo rigore in relazione al regime carcerario.

### **9. Il giudizio direttissimo atipico.**

L'istituto trovava già spazio nella precedente versione del T.U; ora risulta enormemente potenziato in forza dell'introduzione di nuove ipotesi agli artt. 13 e 14.

La costante carenza di tassatività delle fattispecie incriminatrici si riverbera con effetti drammatici sul rito atipico: le ipotesi delittuose, gravi e di difficile accertamento, verranno giudicate con forme scarsamente

rispettose dei diritti difensivi. Ciò deriva dall'esclusione, riconosciuto legittimo dalla giurisprudenza maggioritaria, del rispetto dei termini di cui all'art. 449 c.p.p. per l'instaurazione del rito. Si ritiene che la deroga ai casi di cui all'art. 449 c.p.p. si estenda anche ai modi, e che di conseguenza il rito in esame possa trovare applicazione anche oltre i quindici giorni previsti dal codice di rito<sup>30</sup>. Questa la ricostruzione operata dalla giurisprudenza: "Poiché nei casi previsti dall'art. 10, comma quarto, della legge n. 40 del 1998, avente ad oggetto la disciplina sull'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, si procede sempre con il rito direttissimo, salvo che siano necessarie particolari indagini, è abnorme il provvedimento del Tribunale dinanzi al quale l'imputato sia presentato per il giudizio, che disponga la restituzione degli atti al P.M. per l'avvenuto decorso del termine di quindici giorni previsto dall'art. 449, comma quarto, cod. proc. pen."

### **10. La penalizzazione della clandestinità**

Anche le norme relative all'espulsione amministrativa contengono precetti afferenti alla sfera penale, dettando una disciplina ampia e dettagliata del procedimento di espulsione dello straniero sottoposto a processo penale nonché prevedendo nuove figure criminose connesse al reingresso a seguito di espulsione.

La precedente normativa (art. 13 co. 3 TU) liquidava la questione prevedendo il potere per l'autorità giudiziaria di rilasciare il nulla osta all'espulsione qualora non sussistessero inderogabili esigenze processuali.

Nel caso di arresto in flagranza, la norma imponeva il rilascio del nulla osta all'atto della convalida, salva l'imposizione di una misura cautelare detentiva ex art. 391 co. 5 c.p.p.

La l. n. 189 del 2002 riscrive la disciplina mantenendo alcuni punti fermi, fra cui il potere esclusivo del giudice di rilasciare il nulla osta all'espulsione e l'impossibilità per le autorità extragiudiziarie di sindacare la posizione endoprocedimentale dello straniero – imputato.

Salvo che nel caso di arresto in flagranza, ipotesi in cui resta identico l'obbligo per il giudice di provvedere contestualmente al provvedimento di convalida (art. 13 co. 3-*bis*), mutano i tempi e l'incidenza del potere

---

<sup>30</sup> Cass., 23 marzo 2000, P.G. in proc. Danut.

giudiziale: l'espulsione viene disposta in ogni caso (art. 13 co. 3) con decreto immediatamente esecutivo, e solo successivamente, al momento dell'esecuzione del provvedimento, il questore è tenuto ad interpellare l'autorità giudiziaria, la quale deve necessariamente pronunciarsi entro i 15 giorni dalla ricezione della richiesta, pena una forma di silenzio-assenso in caso di inerzia del giudice.

Nelle more della decisione del giudice, lo straniero può comunque essere trattenuto presso un centro di permanenza temporanea.

Chiaro il *favor* per l'espulsione e la scarsa attenzione alle esigenze di giustizia, come del resto testimoniano i criteri-guida (di dubbia portata vincolante) dettati dal legislatore al fine di valutare la presenza di inderogabili esigenze processuali. Tale valutazione dovrebbe dare prevalenza

- all'esigenza di accertare la responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o di imputati in procedimenti connessi
- all'interesse della persona offesa.

Nulla si dice quanto al legittimo diritto dell'imputato straniero a vedere accertata la propria responsabilità penale, e ciò si pone in contrasto con il dettato dell'art. 111 Cost., nonché con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. È noto infatti che uno dei presupposti dell'espulsione è intimamente connesso alla sfera penale, stante la rilevanza delle precedenti condanne penali nonché del richiamo contenuto alla lett. c) dell'art. 13 co. 2 TU alla normativa in materia di misure di prevenzione.

Qualora il giudice dichiari la sussistenza di inderogabili esigenze processuali, il provvedimento resta sospeso fino alla comunicazione della cessazione delle suddette esigenze ad opera dell'autorità giudiziaria.

Nel caso in cui sia in essere la privazione della libertà personale in forza della misura cautelare carceraria disposta anche in seguito alla convalida dell'arresto o del fermo, la valutazione circa la concedibilità e l'opportunità del nulla osta all'espulsione interverrà al venir meno della detenzione preventiva. Segnatamente, il co. 3-*ter* dell'art. 13 si riferisce esclusivamente alle ipotesi di revoca o di estinzione della misura cautelare, tacendo sulle conseguenze dell'annullamento o della perdita di efficacia. Sembra comunque lecito ritenere che, stante la possibilità del ripristino della carcerazione preventiva nelle due ipotesi in ultimo indicate, il legislatore si sia volutamente interessato solo dei casi in cui, *rebus sic stantibus*, lo straniero non possa tornare oggetto di un identico titolo cautelare. Ad

ulteriore conferma si noti la differenza con la genericità della precedente formulazione del co. 3 dell'art. 13 sul medesimo punto: il riferimento era alla "cessazione", formula omnicomprensiva quanto ai possibili epiloghi della vicenda cautelare.

I commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* si riferiscono esclusivamente alla misura carceraria, tacendo sull'altra misura detentiva, gli arresti domiciliari. Da sottolineare che sinora i provvedimenti coercitivi avevano prevalso sul rilascio del nulla osta.

Il comma 3-*sexies* dell'art. 13 esclude la concessione del nulla osta qualora si proceda per uno o più delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett.a) oppure per i delitti previsti dall'art. 12 del Testo Unico. La *ratio* della limitazione *ratione materiae* sembra collegarsi alla particolare gravità delle ipotesi delittuose in oggetto, per l'accertamento e la successiva condanna sembrano rivestire importanza e risonanza pubblica tale da non poter cedere a fronte dell'espulsione dell'imputato. L'interesse punitivo prevale sulle esigenze connesse all'ordine pubblico.

Innovativa la disposizione di cui al comma 3-*quater* dell'art. 13: se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, il giudice che abbia acquisito la prova dell'avvenuta espulsione pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Molte le problematiche connesse: innanzitutto, cosa si debba intendere per provvedimento che dispone il giudizio. Intesa in senso stretto, l'espressione indica quei provvedimenti con cui si introduce il giudizio di primo grado, e quindi il decreto di dispone il giudizio (429 c.p.p.), il decreto di giudizio immediato (456 c.p.p.), il decreto di citazione diretta a giudizio (550 c.p.p.), il decreto di citazione a giudizio direttissimo (450 c.p.p.). All'interno di questi, alcuni atti appartengono a moduli procedurali che difettano dell'udienza preliminare, fase a cui tipicamente appartiene la sentenza di non luogo a procedere.

L'impasse, a ben vedere, è più teorica che pratica. Quali siano il ruolo e la natura della presenza dello straniero sul territorio nazionale al fine del giudizio penale ci viene confermato dal richiamo all'art. 345 c.p.p.: trattasi di condizione di procedibilità, o meglio, l'avvenuta espulsione comporta l'assenza di una condizione di procedibilità.

Il richiamo all'art. 345 c.p.p. comporta la possibilità che il procedimento riprenda il suo corso nel caso in cui lo straniero rientri nel territorio nazionale prima del termine previsto dall'art. 14.

Nella medesima ipotesi, se la liberazione è avvenuta per decorrenza dei termini di custodia cautelare, la misura carceraria deve essere ripristinata ex art. 307 c.p.p.

In forza delle recenti modifiche, l'art. 13 co. 13 inasprisce la sanzione per il rientro in seguito ad espulsione<sup>31</sup>.

La nuova formulazione della contravvenzione di cui al comma 13 stabilisce la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno. Di dubbia costituzionalità in relazione all'art. 13 Cost. appare l'aver previsto una misura precautelare connessa ad un illecito contravvenzionale per cui risulta di assoluta evidenza il divieto di applicazione di misure cautelari personali, stante il limite minimo di tre anni ( od i quattro per la custodia cautelare in carcere) di cui all'art. 280 c.p.p.

Ancora più illogica appare la previsione se si considera che l'art. 121 disp. att. c.p.p. impone al pubblico ministero l'immediata liberazione dell'arrestato quando ritiene di non dovere (*rectius* potere) richiedere l'applicazione di misure coercitive. La misura precautelare sembra pertanto assolvere il compito di garantire la presenza dell'imputato in vista dell'imminente giudizio direttissimo. A ben vedere, però, tale ricostruzione appare lesiva dei più elementari principi costituzionali in materia di libertà personale, oltre che errata da un punto di vista sistematico. La presenza dell'imputato all'udienza non è infatti condizione indispensabile per la celebrazione del rito direttissimo, ben esistendo nel codice di rito la possibilità di citare a giudizio l'imputato libero ex art. 450 c.p.p.

Al giudizio direttissimo obbligatorio ( ma nel merito se ne comprende la *ratio* trattandosi di un reato istantaneo per cui si verifica una sorta di flagranza permanente), lo straniero viene immediatamente espulso mediante accompagnamento alla frontiera.

Il divieto di ingresso nel territorio nazionale ha ora durata decennale, a meno che non sia il decreto di espulsione a prevedere un termine più breve ma sempre superiore a cinque anni (art. 13 co. 14).

Qualora l'espulsione sia stata disposta dal giudice, o qualora lo straniero sia stato già denunciato per la trasgressione di cui al comma 13, il rientro illegale è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

Anche in questo caso l'inasprimento sanzionatorio è accompagnato dal potenziamento degli istituti processuali "punitivi": è sempre consentito

---

<sup>31</sup> Sul punto, vedi P. PALLADINO, *Violazione del divieto di rientro dello straniero espulso: natura del reato e rilevanza della durata di tale divieto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 358.

l'arresto in flagranza, nell'ipotesi di cui al co. 3-*bis* si può procedere anche al fermo, si procede in ogni caso con giudizio direttissimo.

Suscita perplessità l'aver differenziato la sanzione in base al tipo di provvedimento con cui si è disposta l'espulsione: perché il rientro illegale in seguito ad espulsione disposta dal giudice dovrebbe risultare più grave di quello conseguente all'espulsione disposta dal prefetto?

### **11. Espulsione e processo penale**

Anche l'art. 14 contiene alcune disposizioni che descrivono ulteriori ipotesi di trattenimento o reingresso illegali, nonché l'estensione anche a questi casi dell'arresto obbligatorio e del giudizio direttissimo atipico.

Il comma 5-*ter* sanziona con l'arresto da sei mesi ad un anno chi si trattiene nel territorio nazionale in violazione dell'ordine impartito dal questore di lasciare lo Stato entro cinque giorni. Da notare che la fattispecie prende vita dall'impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, oppure di eseguire l'espulsione, circostanze del tutto estranee alla sfera del soggetto, ma dettate, è lecito pensare, da difficoltà economico-burocratiche degli apparati amministrativi. Non si comprende quindi la ragione della sanzione penale, e della disparità di trattamento che ne consegue, fra coloro che vengono espulsi e coloro che, in assenza dei mezzi economici necessari, sono costretti a restare illegalmente in Italia.

Ancora più grave ( da uno a quattro anni) la sanzione per chi, accompagnato alla frontiera in forza del comma 5-*ter*, venga trovato ancora nel territorio nazionale.

Due le osservazioni sulle fattispecie relative alla permanenza ed il rientro illegale. Innanzitutto, il rigore sanzionatorio, palesemente sproporzionato rispetto al disvalore penale della condotta, è chiamato a fungere da deterrente contro gli ingressi illegali, ma l'efficacia della politica punitiva non è affatto provata.

In secondo luogo, non si comprende perché si comminino sanzioni tanto diverse per situazione assolutamente identiche quanto a lesività, con le ovvie ripercussioni in tema di costituzionalità.

Il nuovo comma 1-*bis* stabilisce l'obbligo in capo all'autorità giudiziaria di comunicare al questore l'emissione del provvedimento di custodia cautelare in carcere o la sentenza di condanna perché si possa identificare il

soggetto e rendere possibile l'espulsione una volta cessato lo stato detentivo. Dato che non si è provveduto alla modifica del comma 1, si deve ritenere che tale obbligo sussista solo qualora si tratti dei reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p.

### **12. Espulsione ed esecuzione della pena**

Le prime novità in materia di esecuzione riguardano l'esclusione dell'espulsione come sanzione sostitutiva nei casi di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p. ovvero per i delitti previsti dal testo unico puniti con pena edittale superiore ad anni due. Qualora si tratti di pena residua, l'espulsione come misura alternativa non trova applicazione in relazione ad ogni fattispecie criminosa del Testo Unico. Quest'ultima limitazione appare pertanto riferita anche alle ipotesi di rientro illegale di cui al co. 13-*bis* dell'art. 13 e dal co. 5-*quater* dell'art. 14.

I commi da 3 a 9, tutti introdotti dalla l. n. 189 del 2002 disciplinano poi l'applicazione dell'espulsione in fase di esecuzione anche nei confronti di tutti i cittadini extracomunitari attualmente detenuti con una pena da espriare, anche residua, non superiore a due anni. Il provvedimento, un decreto motivato, viene adottato inaudita altera parte dal magistrato di sorveglianza. Il contraddittorio viene pertanto negato in prima battuta e concesso solo in forza dell'opposizione da presentarsi al Tribunale di sorveglianza entro dieci giorni dalla notifica del decreto. In caso di impugnazione, questo viene sospeso fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza.

Qualora siano trascorsi dieci anni dall'espulsione, la pena si estingue.

In caso di rientro illegale, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice e lo stato di detenzione viene ripristinato. Il cittadino extracomunitario sarà poi perseguibile in forza delle fattispecie di cui agli artt. 13 e 14 di cui si è detto supra.

### **13. Lo straniero come vittima del reato: il grande assente.**

L'intervento normativo in parola sembra trascurare per intero la questione dello straniero vittima di reato. In tal senso appare non in sintonia la previsione di cui all'art. 17 T.U. secondo cui la stessa persona offesa da reato può essere autorizzata al rientro soltanto per il tempo strettamente necessario a partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è

necessaria la sua presenza, salve le ipotesi di cui all'art. 18 T.U. L'omissione appare tanto più paradossale quanto più si ponga attenzione alla dimensione concreta del fenomeno immigrazione ove è lecito affermare che, tranne eccezioni quantitativamente irrilevanti, i cittadini extracomunitari che entrano illegalmente nel nostro paese assumono la qualifica di persone offese dai reati di cui all'art. 12 T.U.

La legge n. 189 del 2002, nel perseguire il dichiarato intento di potenziare la tutela dell'ordine pubblico, si limita a criminalizzare la clandestinità in quanto tale, omettendo di approntare strumenti idonei a consentire all'immigrato di esercitare i suoi diritti in quanto vittima del traffico di esseri umani.

In questo senso, l'intervento normativo va nella direzione diametralmente opposta rispetto a quanto stabilito a livello sopranazionale ed in particolare a livello comunitario. Non privi di rilevanza interna appaiono quegli atti dell'Unione europea<sup>32</sup> che alla vittima di reato accordano tutela immediata ed impongono allo Stato membro di improntare una serie di strumenti e garanzie che ne rendano effettivo l'esercizio.

Si veda ad esempio la decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea adottata il 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel processo penale, dove vengono puntualmente previsti diritti e garanzie accordati alla "persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale [...] causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro". Tale la definizione di vittima di cui all'art. 1, in cui pertanto sono pacificamente da includere i cittadini extracomunitari che si trovano irregolarmente sul territorio nazionale. Si consideri inoltre che l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che "ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione europea siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice".

La decisione - quadro impone agli Stati membri di approntare nei sistemi nazionali<sup>33</sup> ampia tutela alla vittima quanto al diritto di usufruire del patrocinio a spese dello Stato, a vedere garantito il contatto con le autorità incaricate dell'applicazione della legge, ad avere accesso alle informazioni rilevanti al fine di tutelare i propri interessi. La recente novella, al contrario, sancisce l'obbligo di allontanarsi dal territorio nazionale ed in via residuale

---

<sup>32</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del "terzo pilastro" dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964.

<sup>33</sup> Per il recepimento sono previste fasi diverse. La scadenza finale è fissata per il 22 marzo 2006, ma parte delle previsioni dovevano trovare applicazione già entro il 22 marzo 2002.

consente un rientro al fine di ottenere giustizia, con tutte le difficoltà di ordine burocratico ed economico che ciò comporta.

Altrettanto complesso appare ottenere un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale di cui all'art. 18, perché anche in questo caso la logica dominante degli organi preposti è improntata a valorizzare i soli comportamenti collaborativi, e non le reali situazioni di pericolo per l'incolumità.-