

LA PROBLEMATICA PENALISTICA NELLA DISCIPLINA DELL'IMMIGRAZIONE

ENRICO LANZA *

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi - 2. Il principio di obbligatorietà della legge penale rispetto agli stranieri - 3. Il diritto penale speciale per gli stranieri. a) Questioni generali. b) Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva. c) Espulsione a richiesta di parte. d) Espulsione a titolo di misura di sicurezza e altre ipotesi di diritto penale speciale per gli stranieri. - 4. I rimedi amministrativi alla clandestinità - 5. Valutazioni conclusive sulle misure espulsive - 6. I rimedi penali contro l'immigrazione clandestina

1. *Cenni introduttivi*

La regolamentazione del fenomeno migratorio costituisce oggi uno dei temi più dibattuti della politica, per la difficoltà di rinvenire soluzioni soddisfattive dei vari ideali e interessi coinvolti in questo ambito.

Dal punto di vista teorico, andrebbe favorito il contatto tra i popoli non solo perché espressione dell'inarrestabile tendenza contemporanea alla globalizzazione, ma anche perché foriero di importanti contributi nei processi di multiculturalità.

Nella realtà concreta, invece, le ragioni dell'immigrazione vanno ricercate integralmente nello squilibrio economico fra zone del mondo e nel tentativo individuale di farvi fronte; ed è rispetto alle dimensioni di questo fenomeno che si pone il problema di una disciplina puntuale ed esaustiva, poiché i flussi indiscriminati di stranieri in condizione di bisogno possono fortemente destabilizzare gli equilibri interni per i rischi di compromissione delle esigenze di difesa sociale.

La maggiore severità nelle ammissioni e negli allontanamenti non vuole avere oggi il significato di un atteggiamento di chiusura verso gli stranieri, ma rappresenta la necessaria precauzione per la stabilità interna: la tolleranza verso l'immigrazione è proporzionata al quantitativo di ingressi gestibili dalla comunità statale.

Con il decreto legislativo n. 286 del 1998 è stato emanato un testo di legge organico della materia, sostitutivo della

* Università degli Studi di Catania

precedente normazione che era invece caratterizzata da ampia parcellizzazione e che trovava riferimento nella c.d. legge Martelli del 1990. ⁽¹⁾

Malgrado l'innovazione, il problema immigratorio non pare ancora risolto e moti di riforma normativa hanno caratterizzato la nuova legislatura, come d'altronde era già accaduto negli ultimi periodi della precedente. Tali propositi di innovazione sono stati tradotti nella recentissima legge 30 luglio 2002 n. 189, c.d. Bossi-Fini, concernente la «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo». ⁽²⁾

L'analisi delle norme giuridiche poste a disciplina del fenomeno migratorio costituisce il naturale svolgimento di un approccio che trae le mosse dagli aspetti sociologici della problematica, al fine di realizzare la comparazione tra il sentire della collettività e la traduzione giuridica di queste pulsioni e verificare se v'è o meno congruenza tra le aspettative della società e la realtà normativa.

Si tratta di una metodologia che dovrebbe sempre guidare le scelte di normazione e che nell'ambito specifico qui indicato assume pregnanza peculiare a causa della controvertibilità della materia, dei diversi approcci con i quali essa viene affrontata, spesso non dovuti a differenti impostazioni culturali, ma all'inevitabile considerazione di dati economici oggettivi.

Uno degli aspetti più controversi della normativa concerne la risposta al momento patologico dell'immigrazione, vale a dire al fenomeno della clandestinità. È oggetto di ampio dibattito, infatti, stabilire se sia o meno opportuno criminalizzare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, visto che attualmente la presenza irregolare è soltanto causa del provvedimento amministrativo d'espulsione. ⁽³⁾

(1) Per una panoramica sulla normativa in materia di immigrazione e sui suoi riflessi operativi, V. MUSACCHIO, *Manuale pratico di legislazione sugli immigrati. Giurisprudenza - Legislazione - Modulistica - Circolari Ministeriali*, CEDAM, Padova, 2000.

(2) La legge 30 luglio 2002 n. 189 è stata pubblicata nella *G.U.R.I.* del 26 agosto 2002 n. 199.

(3) In verità, la condizione di irregolarità andrebbe distinta da quella di clandestinità. È clandestino colui che entra nello Stato in violazione delle norme di legge; è irregolare chi ha perduto i titoli che legittimano la permanenza nel territorio dopo un lecito ingresso. Nel gergo comune, tuttavia, i termini vengono usati alternativamente e, in alcune situazioni, ciò ha creato dei problemi. In un caso, ad esempio, il g.i.p. non ha distinto la condizione di clandestinità da quella di mera irregolarità di alcune prostitute straniere, sebbene l'imputato

La mancata criminalizzazione dell'ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle norme del testo unico 286/98 è consequenziale al convincimento della sufficienza e congruità dell'istituto delle espulsioni come rimedio alla clandestinità. Si ritiene che basti impedire la protrazione della permanenza di chi è giunto in Italia privo dei requisiti prescritti dalla legge o di chi, pur essendo entrato regolarmente, ha perduto i titoli di legittimazione, per prodursi un effetto e di prevenzione speciale – nel senso di dissuasione dalla recidiva – e di prevenzione generale – nei confronti degli altri potenziali autori di ingressi illeciti –. Lo strumento penale risulterebbe sovrabbondante perché dall'esperienza carceraria non si trarrebbe nessun esito specifico che non sia già implicito nell'allontanamento coattivo; inoltre, se si ricorresse alla pena, dovrebbero sopportarsi gli oneri del procedimento penale.

Per moltissimo tempo il ricorso alla misura espulsiva ha costituito prerogativa del settore amministrativo, che in questo ambito ha esercitato ampi potere e discrezionalità. La rilevanza crescente del principio di legalità, unita all'acquisita consapevolezza dell'incidenza delle espulsioni sui diritti fondamentali della persona umana, ha spinto il legislatore a rivedere la dimensione solo amministrativistica del problema, attribuendo un ruolo via via crescente all'autorità giudiziaria nella gestione dei diritti in contesa. È stato così introdotto l'uso dell'espulsione anche come rimedio penale.

La condizione di straniero rileva, tuttavia, oltre che nei casi di clandestinità, sia con riguardo al riconoscimento della responsabilità penale per gli illeciti comuni – realizzabili cioè da qualsivoglia cittadino –, sia con riferimento alla previsione di specifiche norme di tipo penale: da quest'ultimo punto di vista, va notata l'esistenza di fattispecie incriminatrici i cui soggetti attivi possono essere solo gli stranieri, nonché, come accennato, di misure espulsive di natura penalistica. Con riguardo specifico a queste ultime, vanno sottolineate le perplessità nascenti dalla mera trasposizione in ambito penale di un rimedio concepito come sanzione amministrativa.

(segue nota 3)

fosse stato accusato di favoreggiamento dell'ingresso clandestino per tutte loro: è evidente che la contestazione non è plausibile con riguardo a chi è legittimamente entrato in Italia. Cfr. Tribunale di Bologna, ordinanza 10 aprile 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 167 e ss., con commento di V. FERRARIS, *Sequestro preventivo penale di immobile destinato alla permanenza di prostitute senza titolo di soggiorno*, *ibidem*, pp. 63 e ss.

Con il presente lavoro si vuole fornire un quadro relativo al rapporto fra sistema penale e straniero. ⁽⁴⁾ Pertanto la disamina riguarderà, innanzitutto, la compatibilità della condizione di straniero col principio di colpevolezza, perché questione generale. Quindi si analizzeranno le norme penali che hanno come referente unico lo straniero, per concludere con un accenno sulla disciplina dell'espulsione amministrativa a causa della contiguità dell'istituto con le problematiche penalistiche. Nell'ultimo paragrafo, per ragioni di completezza e attualità delle questioni trattate, si individueranno alcuni rimedi penali attualmente previsti contro l'immigrazione clandestina.

2. Il principio di obbligatorietà della legge penale rispetto agli stranieri

Per quanto concerne la possibilità che anche lo straniero risponda degli illeciti comuni, va notato che nell'art. 3 c.p. è sancito il principio generale – di obbligatorietà della legge penale –, secondo cui chiunque, cittadino o straniero, delinqua nel territorio dello Stato sarà sottoposto alle conseguenze previste dalla legislazione penale italiana: nel nostro ordinamento vige pertanto un regime di sostanziale equiparazione tra cittadino e straniero nella pretesa del rispetto delle norme penali. Ciò, a livello teorico, non contrasta con il principio di colpevolezza perché anche per gli stranieri, come per gli italiani, sussiste il dovere di conoscere e rispettare la legislazione penale nazionale – nei limiti dell'ignoranza inevitabile –, essendo le norme penali disposte a protezione di beni che meritano tutela indiscriminata, a prescindere dunque dalle condizioni soggettive dell'agente. È evidente, però, che le concrete possibilità di conoscere la legge di un paese diverso dal proprio sono ridotte e non è ragionevole immaginare una realtà nella quale si pretenda lo studio e l'approfondimento del giurista ogni volta che ci si rechi all'estero. È anche vero, comunque, che la condizione di "ospite" di uno Stato straniero impone particolari cautele nelle scelte di comportamento, soprattutto per l'inevitabile ignoranza di alcune norme e costumi del luogo.

(4) A norma dell'art. 1 d. lgs. 286/98 sono stranieri i cittadini degli Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi.

Da tutto ciò deriva che, in ambito prettamente penalistico, il rimprovero potrà certamente essere mosso quando lo straniero commetta illeciti che offendono i c.d. diritti di natura, come la vita, la libertà personale o il patrimonio, cioè beni generalmente considerati meritevoli di tutela penale perché rispondenti ai valori fondanti di quasi tutte le organizzazioni sociali: in questi casi è ragionevole presumere la conoscibilità dell'illiceità della condotta.⁽⁵⁾ La giustezza dell'incriminazione diminuirà, invece, quanto più i comportamenti tenuti integrino illeciti di creazione legislativa, fattispecie ideate cioè per il perseguimento di determinati fini di politica criminale, poste a protezione di beni di non diffusa percezione e perciò difficilmente conoscibili da chi è occasionalmente presente nel territorio dello Stato.

In concreto, però, la commissione di tali illeciti da parte degli stranieri può considerarsi di così rara verifica da non destare problemi teorici di ordine generale; queste fattispecie, infatti, sono per lo più ideate per disciplinare attività che difficilmente possono coinvolgere chi sia saltuariamente presente sul territorio. Quando, invece, fossero gli stessi stranieri a svolgere tali attività, la simbiosi col contesto dovrebbe aver fornito elementi sufficienti per la conoscenza completa della legislazione di settore.

Esistono, comunque, delle ipotesi criminose nelle quali la rilevanza penale di dati comportamenti dipende da parametri di considerazione sociale, la cui percezione è condizionata dal contesto culturale di provenienza. Rispetto a questi casi il rischio di scadere in forme oggettive di attribuzione della responsabilità è particolarmente evidente.

3. Il diritto penale speciale per gli stranieri

a) *Questioni generali.* Come già affermato, quando si discute di legislazione penale dell'immigrazione, si fa riferimento innanzitutto alle norme che riguardano l'immigrazione clandestina

(5) Fa riferimento all'esigenza della consapevolezza del carattere antisociale del fatto F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 353 e ss. Ci si riferisce al concetto di coscienza dell'illiceità in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2001, pp. 357 e ss. Per un breve cenno sulla c.d. «difesa culturale» all'interno del processo penale, cfr. A. GIASANTI, *A proposito di immigrati clandestini*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, n. 2, pp. 244-245.

e i comportamenti che ad essa fanno da contorno; ma è evidente come la condizione di straniero abbia inoltre rilevanza sia per l'attribuzione della responsabilità penale dei reati comuni, sia con riferimento alle ipotesi incriminatrici peculiari di chi non abbia il possesso della cittadinanza dello Stato.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, non può non considerarsi il convincimento diffuso circa la particolare criminalità degli immigrati. Ovunque nella collettività dei cittadini sono guardati con sospetto coloro che provengono da realtà differenti, spesso difficili e precarie, e si teme che l'integrità dell'organizzazione sociale possa essere compromessa da soggetti che non hanno con questa alcun saldo legame.

Gli ampi studi di criminologia – branca del sapere in cui è stato sempre cospicuo l'interesse circa il rapporto fra immigrazione e criminalità – hanno, però, evidenziato che lo stereotipo dell'immigrato delinquente non corrisponde alla realtà: dai dati statistici risulta, infatti, la sostanziale omogeneità quantitativa fra i reati commessi dagli stranieri e quelli degli autoctoni, potendosi, al più, rilevare differenze qualitative collegabili alla provenienza etnica dei criminali. ⁽⁶⁾

Sono state analizzate, in particolare, le ragioni della criminalità degli immigrati di c.d. seconda generazione, cioè dei figli degli immigrati nati nel paese ospite o qui trasferitisi in tenera età; essa è stata spiegata con la difficoltà di conciliare la cultura del contesto di provenienza – loro impartita dai genitori ancora saldamente legati alle proprie origini – e la cultura della realtà nella quale vivono e nella quale vorrebbero integrarsi. ⁽⁷⁾

I dati assumono maggiore rilevanza se si considera che gli stranieri sono sottoposti a controlli sociali più cospicui in confronto agli autoctoni. ⁽⁸⁾ L'atteggiamento di diffidenza verso il "diverso", quindi, dovrebbe essere bandito perché non sufficientemente

(6) Per un'ampia panoramica sugli studi criminologici in materia, T. BANDINI – U. GATTI – M. I. MARUGO – A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 454 e ss. Si è, ad esempio, affermato che gli irlandesi sono più frequentemente incriminati per reati collegati all'abuso di sostanze alcoliche, gli italiani per omicidi e lesioni personali.

(7) In tal senso, T. BANDINI – U. GATTI – M. I. MARUGO – A. VERDE, *op. cit.*, pp. 456 e ss.

(8) In tal senso, C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, fasc. 3, p. 233, e la bibliografia ivi richiamata.

motivato da ragioni concrete;⁽⁹⁾ inoltre, l'analisi delle problematiche giuridiche relative all'immigrazione non potrà emanciparsi dai risultati delle indagini sul rapporto fra crimine e flussi di stranieri: la prova statistica dell'assenza di un'importante differenza tra la criminalità degli stranieri e quella degli autoctoni dovrebbe far propendere per l'abbandono di tecniche d'incriminazione che adottino soluzioni diverse in ragione della nazionalità dell'agente. Tuttavia, esistono nel nostro sistema soluzioni normative che attribuiscono conseguenze penali differenti a comportamenti analoghi, qualificati solo dalla cittadinanza del soggetto attivo.

Importanti esempi si hanno proprio nel decreto 286/98 con la previsione dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza e di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione.

b) Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva. Nell'art. 16 t.u. si stabilisce che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta delle parti nei confronti di uno straniero il quale si trovi in una delle situazioni che può portare all'espulsione su provvedimento del prefetto, può sostituire alla pena l'espulsione del reo per un periodo non inferiore a cinque anni. Condizioni necessarie per l'utilizzo di questa misura sanzionatoria sono inoltre la commissione di un fatto per il quale sia in concreto irrogabile la pena detentiva non superiore a due anni, la non sospensibilità di questa e l'immediata eseguibilità della misura.⁽¹⁰⁾

(9) Sul problema del razzismo e della sua rilevanza penalistica, K. L. KUNZ, *La discriminazione razziale e la problematicità della sua considerazione penale*, traduzione a cura di J. Rietmann-Contu e L. Petroni, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, fasc. 3, pp. 185 e ss.

(10) A norma dell'art. 16 t.u., «1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale né le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. 2. L'espulsione è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4». Con la legge Bossi-Fini sono stati inseriti nell'art. 16 t.u. due ulteriori commi relativi all'espulsione come sanzione sostitutiva: «3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni. 4. Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente».

La disposizione è nata con l'obiettivo di affrontare in maniera drastica il problema dell'immigrato delinquente predisponendone il rinvio al paese d'origine o di provenienza, con evidente risparmio di risorse economiche e organizzative. Mentre le sanzioni sostitutive ordinarie presuppongono, nella maggioranza dei casi, un rapporto col territorio foriero di miglioramenti delle condizioni sociali dell'agente – nell'ottica dell'efficacia più criminogena che risocializzante dell'esperienza carceraria di breve durata –, l'espulsione equivale alla rinuncia a qualsiasi interessamento verso il colpevole e al sostanziale disconoscimento della logica rieducativa: manca, infatti, la subordinazione della concedibilità della misura alla prognosi di ravvedimento del reo, come richiesto in materia di sospensione condizionale della pena e di liberazione condizionale.

La possibilità di ricorrere al rimedio è stata circoscritta entro precisi ambiti edittali per evitare che fossero accantonate in maniera generalizzata le ragioni dell'incriminazione delle condotte umane. Sembra che il legislatore abbia ritenuto l'espulsione rimedio troppo blando per gli illeciti di maggiore gravità, ma efficace per i reati meno offensivi, seguendo una logica di tipo economicistico: se vengono commessi reati non troppo significativi dal punto di vista dell'intensità della lesione o dell'esposizione a pericolo del bene protetto, non è conveniente, sia secondo un criterio di risparmio delle risorse finanziarie sia organizzativo, sottoporre l'immigrato a trattamento sanzionatorio, carcerario o alternativo, ma è più proficuo allontanarlo. Quando, invece, l'illecito è grave, prevalgono le esigenze repressive e neutralizzatrici del reo e, pertanto, è esclusa l'espulsione – quantomeno fino all'espiazione completa della pena – e si ricorre alla sanzione tradizionale. A rafforzare questa tesi vi è il nuovo terzo comma dell'art. 16 t.u., con cui si esclude l'utilizzabilità della misura per i delitti nominalmente più gravi, anche se comportanti in concreto l'applicazione di una pena inferiore ai due anni di detenzione. Si tratta delle ipotesi di reato previste nell'art. 407, comma 2°, lettera a), c.p.p., nonché degli illeciti contemplati nel testo unico sull'immigrazione puniti con una sanzione edittale superiore nel massimo a due anni.

Nel primo comma dell'art. 16 t.u., però, è presente un difetto di coordinamento. La possibilità di ricorrere al rimedio solo per reati non colposi induce a ritenere che la misura abbia un carattere più afflittivo della pena ordinaria, come si evince, d'altronde, dalla sua durata che non può essere inferiore a cinque anni, mentre la pena sostituita non deve varcare la soglia

del biennio. Se fosse norma di favore, infatti, non vi sarebbe necessità di escludere l'utilizzazione del rimedio per gli illeciti colposi, che, seppur denotati dal coefficiente soggettivo di minore gravità fra i criteri d'imputazione della responsabilità penale, sono tuttavia punibili con sanzioni coercitive come la reclusione e l'arresto. ⁽¹¹⁾ L'eventuale natura sfavorevole, però, non fa comprendere la ragione dell'estensione della misura alle contravvenzioni visto che, quando il legislatore ha introdotto norme peggiorative della condizione del reo, ne ha normalmente limitato l'applicazione ai soli delitti non colposi (ne sono un esempio gli artt. 380 e 381 c.p.p.).

Si potrebbe aggiungere, inoltre, che l'espulsione può essere rimedio adeguato anche per alcuni reati di una certa consistenza, perché l'impossibilità di permanere nel territorio può costituire ostacolo alla reiterazione delle condotte criminose. ⁽¹²⁾

Tutto ciò significa che non è stata una logica unitaria ad avere guidato le scelte di criminalizzazione o l'individuazione delle modalità d'intervento sull'autore di reati, ma si sono previste soluzioni poliedriche contrarie alla connotazione oggettiva del sistema penale.

La scelta di espellere anziché punire appare motivata innanzitutto da ragioni economico-organizzative. Se l'allontanamento non avesse avuto carattere limitato nel tempo, il provvedimento avrebbe rappresentato la rinuncia totale alle sorti del reo, del cui recupero lo Stato non sarebbe responsabile per l'assenza del legame della cittadinanza: l'ordinamento non avrebbe avuto nessun interesse per il futuro comportamento dello straniero perché comunque non vi sarebbero state possibilità di contatto col territorio e, quindi, opportunità per delinquere (è pur vero, però, che questa ricostruzione ha un senso fintanto che si consideri imprescindibile il legame tra spazio e reato; nell'era della tecnologia multimediale e della globalizzazione queste valutazioni andrebbero riviste. ⁽¹³⁾ Probabilmente la previsione nasce dall'idea

(11) È anche vero, comunque, che nei reati colposi si applica normalmente la sospensione condizionale della pena.

(12) Questa considerazione non può certamente valere per illeciti, come l'associazione per delinquere – ma anche in generale per tutte le forme di concorso morale –, per i quali il rapporto col territorio non costituisce presupposto di realizzazione del crimine.

(13) Nell'esame del fenomeno immigratorio si dovrebbe tenere nel giusto conto un dato ormai reale: l'insufficienza dei confini territoriali per definire l'ambito di potere di un'autorità (politica, economica, militare). Mette in luce gli aspetti meno positivi della c.d. "convivenza universale" A. SPADARO, *Gli*

dell'immigrato delinquente come soggetto emarginato, versante in difficoltà economiche, autore di illeciti di microcriminalità, sovente manovalanza delle organizzazioni di stampo mafioso: in tali casi basta allontanarlo dal contesto per realizzare un'efficace tutela della collettività. ⁽¹⁴⁾ Non va taciuto, però, che l'espulsione può essere disposta solo in caso di inapplicabilità della sospensione condizionale della pena e che una delle condizioni ostative al ricorso a tale causa di estinzione del reato è la prognosi di recidiva. In teoria, quindi, l'espulsione potrebbe essere eseguita nei confronti di uno straniero che non beneficia della sospensione condizionale perché ritenuto potenziale autore di altri illeciti. ⁽¹⁵⁾

Dal punto di vista tecnico, desta dubbi la previsione della durata minima della sanzione, che non può essere inferiore a cinque anni. Oltre all'ovvia considerazione dell'illegittimità di una sanzione indeterminata nel massimo edittale, il riconoscimento al giudice del potere di fissare la durata dell'espulsione provoca il sorgere di quesiti sulla funzione della misura.

Si potrebbe replicare che esistono già nel sistema penale sanzioni di durata relativamente indeterminata nel massimo: le misure di sicurezza. È vero, però, che l'applicazione di queste è subordinata al rilievo della pericolosità sociale del reo, esame che difetta nel caso dell'art. 16. Inoltre, fra pena e misura di sicurezza non v'è un rapporto alternativo, ma le due tipologie di sanzioni perseguono fini tendenzialmente differenti, che escludono l'utilizzabilità dell'una in sostituzione dell'altra. ⁽¹⁶⁾ La

(segue nota 13)

effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione». Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali, in *Pol. dir.*, 1998, n. 3, p. 442. L'Autore, nell'analizzare le possibili conseguenze a livello costituzionale derivanti dai processi di ammodernamento in senso ampio, evidenzia il rischio di uno scontro inevitabile «non più fra ideologie politiche o sistemi economici, ma addirittura fra culture e, quindi, fra modelli di civiltà».

(14) Questa affermazione potrebbe essere contraddetta evidenziando che senza un'attività di rieducazione del reo la tutela della collettività è garantita solo nel breve periodo, perché, scaduto il termine di allontanamento forzato, la condotta criminosa potrebbe essere reiterata: la sola espulsione, infatti, non è sufficientemente incisiva sulla libertà personale da stimolare all'osservanza delle norme per tema di una nuova condanna.

(15) In tal senso, G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 8, p. 1036.

(16) È anche vero, però, che in seguito all'avvento della Costituzione le ragioni di una netta separazione tra le funzioni della pena e della misura di sicurezza sono venute meno perché nell'art. 27, comma 3°, Cost. è stata attribuita alla stessa pena finalità rieducativa.

sanzione dell'art. 16 t.u., invero, va concepita come una pena, non come una misura di sicurezza.

Occorre inoltre evidenziare che nella disciplina generale delle sanzioni sostitutive sono previste delle condizioni oggettive e soggettive che escludono il ricorso a tali rimedi, così come è necessario che nella determinazione della sanzione il giudice tenga conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p. e che vi sia una prognosi di positivo adempimento delle prescrizioni. Analoghi requisiti non sono contemplati con la medesima consistenza nell'art. 16 t.u., conferendosi così al magistrato un'ampia libertà di scelta. Tale discrezionalità appare lesiva sia del principio di tassatività della norma penale, perché si consentono reazioni non sufficientemente predeterminabili, che, di conseguenza, del diritto di difesa.⁽¹⁷⁾

A questi rilievi si aggiunge il difetto di criteri cui il giudice debba attenersi per rapportare la durata dell'espulsione con la sanzione astrattamente irrogabile per il fatto di reato,⁽¹⁸⁾ con conseguente violazione degli artt. 27, comma 3°, e 3 Cost., rispettivamente sulla funzione rieducativa della pena e in materia di eguaglianza.⁽¹⁹⁾

Se le sanzioni sostitutive ordinarie nascono con l'intento di evitare gli effetti negativi dell'esperienza carceraria di breve durata, la disciplina dell'art. 16 citato non può trovare giustificazione nella scarsa gravità dei fatti commessi perché i limiti edittali previsti nella norma sono più ampi rispetto a quelli che consentono il ricorso alle sanzioni sostitutive per i cittadini: non si può parlare, pertanto, di rimedio alle bagattelle.

Dal punto di vista teorico, è proprio l'idea dell'indifferenza dello Stato alle sorti dell'immigrato delinquente a giustificare l'uso del rimedio. La mancanza del rapporto di cittadinanza giustifica quel c.d. inserimento differenziato, che costituisce l'antitesi alla logica dell'integrazione perché guarda con sfiducia allo straniero e lo considera un «ospite in prova perpetua».⁽²⁰⁾ L'istituto dell'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione, nonché la disciplina della carta di soggiorno, la restrittività della normativa sull'acquisizione della cittadinanza italiana, l'istituzione dei

(17) A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, p. 272.

(18) C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 246.

(19) A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 267.

(20) In tal senso, L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 14.

centri di permanenza temporanea ed assistenza ⁽²¹⁾ sono considerate le prove dell'inefficacia del testo unico sull'immigrazione nella realizzazione di una politica degli immigrati.

A ciò dobbiamo aggiungere un'altra considerazione. Nell'art. 16 t.u. si contempla la possibilità di disporre la sanzione sostitutiva solo nei confronti dello straniero che versi in una delle condizioni previste nell'art. 13, comma 2°, t.u., vale a dire nei casi in cui il prefetto avrebbe dovuto procedere all'espulsione. Si tratta di situazioni che, comunque, avrebbero condotto l'immigrato fuori dal nostro territorio; pertanto, la misura anticipa semplicemente un esito inevitabile, con effetti favorevoli, da un punto di vista, e sfavorevoli, dall'altro, rispetto a quanto ordinariamente avverrebbe: beneficiando il reo con l'esonero dalla pena detentiva e limitandone fortemente l'aspettativa di reingresso.

Tale situazione determina, però, una forte disparità di trattamento rispetto al cittadino e allo straniero regolare – che non possono fruire del rimedio sostitutivo –, soprattutto se si considera che la fonte del privilegio è una condizione di illiceità: l'ingresso o la permanenza irregolare, per lo più. È sembrato, allora, che la norma costituisse un premio alla collaborazione dei clandestini, autori di illeciti penali, i quali, per evitare la condanna, dichiarano le proprie vere generalità, consentendo così di procedere ad un'espulsione altrimenti ineseguibile. ⁽²²⁾

Nella formulazione originaria dell'art. 16 t.u. era evidente un grave difetto di previsione: non era contemplata la revoca della misura e l'applicazione della pena ordinaria in caso di trasgressione al divieto di reingresso; né potevano avere rilevanza, evidentemente, le norme che regolano i casi analoghi in materia di sanzioni sostitutive o di sospensione condizionale della pena, per il divieto di analogia *in malam partem*. ⁽²³⁾ La

(21) L'istituzione dei centri di permanenza temporanea ed assistenza ha destato da subito forti perplessità in dottrina. Si è evidenziata, tra l'altro, l'assenza di presidi penalistici nel caso di allontanamento arbitrario dello straniero dal centro: a norma dell'art. 14, comma 7°, t.u., infatti, il questore si limita in tali casi a ripristinare senza ritardo la misura. Secondo certa dottrina, potrebbe ravvisarsi al più il reato di cui all'art. 650 c.p. poiché lo straniero si è reso inottemperante a un provvedimento legalmente dato dall'autorità amministrativa per motivi che possono definirsi di ordine pubblico o sicurezza pubblica. Così, P. DUBOLINO, *La lotta all'immigrazione clandestina nella nuova disciplina normativa*, in *Riv. pol.*, 1998, p. 274.

(22) G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1036.

(23) In argomento, G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1036.

mancata previsione di meccanismi «di revoca della sanzione sostitutiva e di ripristino della pena detentiva in caso di sopravvenuta impossibilità di eseguire l'accompagnamento coattivo o in caso di violazione della misura espulsiva» implicava la sola utilizzabilità nelle ipotesi indicate del trattenimento presso il centro di permanenza temporanea e assistenza, di cui all'art. 14 t.u., per un massimo di trenta giorni. ⁽²⁴⁾ Per porre rimedio a questa mancanza, con l'art. 15 della legge Bossi-Fini è stato inserito nell'art. 16 t.u. il quarto comma, nel quale viene contemplata la revoca della misura sostitutiva nel caso in cui lo straniero espulso rientri illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine imposto.

L'analisi così condotta si discosta radicalmente dall'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato dell'art. 16 t.u. ⁽²⁵⁾ La Consulta è stata investita della questione dal Pretore di Roma per un presunto contrasto della disciplina dell'espulsione come sanzione sostitutiva con gli artt. 3, 24, comma 2°, 25, comma 2°, 27, commi 2° e 3°, Cost. ⁽²⁶⁾ La peculiarità consiste nel fatto che la Corte ha respinto l'eccezione negando la natura penale della sanzione di cui si discute e riconoscendole il carattere di misura amministrativa. Tale natura si ricaverebbe, nell'impostazione della Corte, da una serie di elementi: 1) innanzitutto, l'esecuzione della misura spetta al questore (che è un'autorità amministrativa) e non al pubblico ministero, come avviene per l'esecuzione della pena; 2) in secondo luogo, nell'art. 16 sono

(24) Così, A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 267.

(25) Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999 n. 369, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss.

(26) In particolare, sussisterebbe contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, da un lato la norma discriminerebbe la posizione degli stranieri rispetto a quella dei cittadini italiani e degli altri paesi dell'Unione europea, dall'altro, sotto il profilo dell'irragionevolezza, poiché la durata almeno quinquennale della misura coincide o oltrepassa il termine necessario per l'estinzione del reato in caso di patteggiamento, svuotando di significato la scelta per l'applicazione della pena su richiesta delle parti; con l'art. 25, comma 2°, Cost., per la mancata previsione del massimo edittale (per evitare censure di incostituzionalità, si dovrebbe interpretare la norma come se prevedesse una sanzione della durata fissa di cinque anni e ciò in violazione dell'art. 3 Cost. per il conseguente trattamento sanzionatorio eguale di situazioni molto diverse tra loro) e per il difetto dei criteri di scelta sul se e sul *quantum* della sanzione; con l'art. 27, comma 2°, Cost., per la violazione del principio della presunzione di non colpevolezza, essendo l'espulsione immediatamente esecutiva; con l'art. 27, comma 3°, Cost., per l'impossibilità che questo provvedimento assolve a finalità rieducative. In tal senso, Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999, cit., p. 188.

richiamate le condizioni per procedere all'espulsione amministrativa; 3) infine, la rubrica dell'articolo, dove si usa la locuzione 'sanzione sostitutiva', non è probante della natura penale del rimedio perché nel dispositivo si utilizza, invece, il termine 'misura', più adatto per indicare un provvedimento amministrativo.

Se, da un lato, è vero che queste obiezioni della Consulta possono avere una certa consistenza, dall'altro, però, tale ricostruzione non riesce a spiegare un dato fondamentale della questione: lo straniero espulso ai sensi dell'art. 16 t.u. è un reo, nei confronti del quale esiste una condanna; escludere la natura penale del rimedio significa accettare un principio anormale, e cioè che chi è riconosciuto colpevole di un reato possa, a discrezione del giudice, non subire la pena. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, così, verrebbe sostanzialmente vanificato, il giudice sarebbe tutt'altro che la *bouche de la loi*, bensì, al contrario, inaccettabilmente, il determinatore della rilevanza penale delle condotte umane. ⁽²⁷⁾

Anche la collocazione della norma appare contrastante con la ricostruzione effettuata dalla Corte; se, infatti, si fosse trattato di misura amministrativa, avrebbe dovuto essere più propriamente inserita nell'ambito dell'art. 13 o dopo questo, non successivamente all'art. 15, in cui è disciplinata l'espulsione quale misura di sicurezza, la cui natura penale non pare contestabile. Inoltre, l'obiezione sulla funzione amministrativa – e non giudiziaria – dell'organo dell'esecuzione può essere superata rilevando che l'art. 665 c.p.p., relativo all'individuazione del giudice competente all'esecuzione di un provvedimento, si apre con una clausola di salvaguardia che consentirebbe di conciliare il ruolo del questore con il carattere penale della sanzione sostitutiva; ⁽²⁸⁾ a norma del primo comma dell'art. 665 c.p.p., infatti, «Salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato».

La natura penale potrebbe ulteriormente ricavarsi dal disposto del secondo comma dell'art. 16 t.u., in ragione del quale l'esecuzione dell'espulsione non è subordinata all'acquisita irrevocabilità della sentenza. Tale puntualizzazione nasce, probabil-

(27) Per una critica alla decisione della Consulta, A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss. L'Autrice sostiene l'inaccettabilità della conclusione del giudice delle leggi «perché più che dimostrata essa appare apoditticamente affermata».

(28) In tal senso, A. CASADONTE, *op. cit.*, p. 88.

mente, dall'esigenza di una deroga espressa al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, in ragione del quale l'esecuzione dei provvedimenti di condanna va posposta al passaggio in giudicato della relativa decisione: ovviamente, è chiara così la violazione del principio in questione. ⁽²⁹⁾ L'art. 16 t.u. contrasta anche con il principio di uguaglianza e con il diritto di difesa perché si prevede l'allontanamento del soggetto durante la pendenza dell'iter processuale. ⁽³⁰⁾

In conclusione, può dirsi che la norma sembra connotata da una logica compromissoria tra istanze di coerenza sistemica ed esigenze di efficienza manageriale. Così, da un lato, si subordina l'uso del rimedio alla non sospensibilità della condanna, nel bisogno del rispetto della parità di trattamento avvertito come irrinunciabile; dall'altro, si abbandonano i tradizionali principi penalistici, anticipando la sanzione a momenti di ancora non definita colpevolezza e abiurando agli obiettivi di risocializzazione.

Con la legge Bossi-Fini sono stati inseriti nell'art. 16 t.u. anche i commi 5° e ss., in cui viene disciplinato il rimedio dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione. Il legislatore, cioè, ha ritenuto opportuno ampliare l'insieme dei provvedimenti di allontanamento coattivo, utilizzandoli anche nei confronti di chi è già posto *in vinculis*, allo scopo di affrontare il problema del sovraffollamento degli istituti di pena. La misura alternativa va applicata allo straniero detenuto, che versa in una delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2°, t.u. (quindi, in condizione di espellibilità) e che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, conformemente ai presupposti applicativi dell'espulsione come sanzione sostitutiva. Per esigenze di difesa sociale, la misura non potrà trovare applicazione nei confronti degli autori di cri-

(29) Secondo A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 270, la lesione del principio di non colpevolezza non sarebbe neppure colmata dal disposto dell'art. 17 t.u., a norma del quale «Lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza», poiché la possibilità di rientro è fortemente limitata nel tempo e nello spazio; manca, infatti, la previsione del permesso di soggiorno per motivi giudiziari, che era invece contemplata nella legge c.d. Martelli.

(30) A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 267.

mini gravi (precisamente, dei reati indicati nell'art. 407, comma 2°, lettera a), c.p.p.); inoltre, per realizzare la lotta più efficace contro il fenomeno dell'immigrazione clandestina, il rimedio è escluso anche per gli autori dei delitti previsti e puniti nel testo unico 286/98. La pena è estinta decorsi dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione, sempre che nel frattempo lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. Se ciò dovesse verificarsi, viene ripristinato lo stato di detenzione e riprende l'esecuzione della pena.

c) *Espulsione a richiesta di parte*. Il rimedio dell'espulsione a richiesta dello straniero era stato concepito in un periodo di emergenza carceraria, quando la popolazione contenuta negli istituti di pena raggiunse il massimo storico. Si pensò allora di arginare il fenomeno attraverso l'allontanamento dal territorio dello Stato di tutti quei detenuti privi della cittadinanza, autori di illeciti di non particolare gravità e interessati al ritorno in patria piuttosto che alla prosecuzione del trattamento carcerario.⁽³¹⁾

L'introduzione della norma subì un travagliato iter, nel corso del quale essa fu consistentemente modificata. All'origine il Governo aveva previsto, nel decreto legge 13 aprile 1993 n. 107, l'attribuzione al prefetto del potere di espellere con accompagnamento alla frontiera gli stranieri detenuti o sottoposti a custodia cautelare per una determinata serie di illeciti. Il contenuto del provvedimento fu fortemente criticato per il presunto contrasto con i principi costituzionali dell'eguaglianza, del diritto di difesa, della presunzione di non colpevolezza, etc.⁽³²⁾ e la scelta governativa si tradusse in un sostanziale insuccesso a causa del mancato rispetto da parte del Parlamento del termine costituzionale per la conversione in legge dei decreti. Il Governo, allora, emanò un nuovo decreto legge, il n. 187 del 14 giugno 1993, intitolato *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*,⁽³³⁾ con cui mutò la natura originaria

(31) Sull'argomento, A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Riv. pen.*, 1996, pp. 608 e ss.; A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, pp. 263 e ss.

(32) A. FRANCESCHETTI, *op. cit.*, p. 263.

(33) Il decreto fu poi convertito nella legge 12 agosto 1993, n. 296. In argomento, B. GIORDANO, *D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 - Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *Leg. pen.*, 1993, pp. 677 e ss.

dell'istituto e lo trasformò nell'espulsione a richiesta dello straniero detenuto o in stato di custodia cautelare: il requisito della richiesta era volto «ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prevedere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale, cioè su un diritto inviolabile dell'uomo». ⁽³⁴⁾

Nell'attuale impianto normativo l'istituto non è stato riproposto; tuttavia analizzarne le caratteristiche sembra rilevante non solo per avere un chiaro quadro storico dell'evoluzione della materia, ma anche – e soprattutto – perché molte delle considerazioni fatte sull'argomento sono adattabili – o quantomeno richiamabili – in confronto alla previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione.

In particolare, era stata lamentata dalla giurisprudenza l'incostituzionalità dell'espulsione a richiesta di parte, perché contrastante con gli artt. 3, 13, comma 2°, 27, comma 3°, e 97 Cost. ⁽³⁵⁾ Certamente, la censura più importante concerneva il preteso contrasto con il principio di eguaglianza, in ragione dell'evidente disparità di trattamento con il cittadino, che non poteva godere di questa possibilità; essa, infatti, andava ritenuta comunque vantaggiosa, sia perché alternativa alla permanenza in carcere, sia perché rendeva più difficoltosa l'esecuzione dell'eventuale sentenza definitiva di condanna a causa della farraginosità e dell'incertezza sugli esiti delle procedure di

(34) Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1476.

(35) In tal senso, Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 luglio 1993, in *G. U. R. I.*, 1ª serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 46 e ss.; Tribunale di Bergamo, ordinanza 10 agosto 1993, in *G. U. R. I.*, 1ª serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 16 e ss.; Tribunale di Roma, ordinanza 15 ottobre 1993, in *G. U. R. I.*, 1ª serie speciale, 9 dicembre 1993, n. 50, pp. 64 e ss.

Cfr. Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, cit., anche in *Giur. cost.*, 1994, pp. 350 e ss., con cui vennero dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale proposte con riferimento all'espulsione a richiesta di parte. Per una critica della sentenza, P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2381 e ss. I giudici di merito avevano superato le possibili obiezioni alla declaratoria di incostituzionalità, relative al carattere comunque favorevole della norma e alla conseguente impossibilità di impedirne l'applicazione al caso di specie, non soltanto richiamando la decisione della stessa Consulta del 3 giugno 1983 n. 148, con la quale si era esclusa la preclusione delle norme penali di favore dal sindacato della Corte, ma evidenziando la natura processuale dell'istituto (in tal senso, Tribunale di Bergamo, ordinanza 10 agosto 1993, cit., p. 18).

estradizione. D'altronde, anche la previsione di specifiche preclusioni alla procedura espulsiva non era determinata dalla volontà di realizzare la parità di trattamento con i cittadini, ma piuttosto dalle esigenze del processo o dai pericoli per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale.

Premesso che non è dimostrato con certezza il carattere necessariamente favorevole dell'espulsione sostitutiva di una misura comunque non gravissima, soprattutto in considerazione del conseguente divieto di reingresso nel territorio dello Stato, v'è da evidenziare l'impossibilità di ricorrere al rimedio nei confronti del cittadino in virtù del legame, costituzionalmente garantito, che codesto ha col territorio nella forma della libertà di reingresso.⁽³⁶⁾ Parlare di violazione del principio di eguaglianza in questo caso è considerazione puramente formale, che non tiene in conto la diversità delle situazioni sottese al possesso o meno della cittadinanza. Il rapporto ontologico del cittadino con lo Stato impedisce il ricorso a rimedi 'ablativi' come l'espulsione; essi risultano plausibili, invece, nei confronti dello straniero perché la fiducia accordata all'atto dell'ingresso è sottoposta alla condizione risolutiva del compimento di condotte contrarie alle regole della società civile. Tra straniero e cittadino esistono diversità tali da impedire un giudizio di concreta comparabilità, che è presupposto per la valutazione della violazione del principio di uguaglianza.⁽³⁷⁾ Questo principio presuppone, infatti, la fruibilità delle situazioni giuridiche da parte di tutti i potenziali soggetti. L'espulsione, invero, non è utilizzabile per il cittadino; pertanto, applicarla, ove possibile, allo straniero può avere il significato solo di dare corso all'*extrema ratio* del diritto penale, sempre che l'obiettivo di tutela delle norme penali si ritenga così sufficientemente garantito.

È comunque innegabile che l'istituto in esame presentasse un'incongruenza di fondo ed avvalorasse la tesi della disattenzione verso i principi generali, a vantaggio della salvaguardia di ragioni organizzative contingenti, non paragonabili alle esigenze giustificatrici di interventi sulle libertà fondamentali dell'individuo. Nella norma si consentiva, infatti, che optasse per l'espulsione anche lo straniero in stato di custodia cautelare.

(36) All'art. 16, comma 2°, Cost. si statuisce, infatti, che «ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

(37) In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, cit., pp. 1474-1475.

Come si conciliasse questa facoltà con le ragioni che stanno alla base di un provvedimento privativo della libertà personale in fase procedimentale è ancora da dimostrare. Una delle c.d. esigenze cautelari è costituita dal pericolo di reiterazione della condotta criminosa; l'espulsione poteva garantire – ma sempre fino ad un certo punto perché il numero quotidiano di ingressi clandestini sembra smentire qualsiasi senso di sicurezza derivante dall'esecuzione dell'allontanamento coattivo – che non si ripetessero i comportamenti criminali unicamente all'interno del territorio dello Stato: ciò significava accettare l'idea che i beni penalmente tutelati nel nostro sistema presentassero valore solo all'interno delle mura domestiche. In sostanza, si «deroga(va) irragionevolmente alla disciplina complessiva delle misure cautelari e, soprattutto, alle cautele attinenti al concreto pericolo di fuga o di reiterazione della condotta delittuosa». ⁽³⁸⁾ D'altronde, non può dimenticarsi che la custodia cautelare è misura normativamente residuale, riservata ai casi di maggiore gravità: da questo punto di vista, l'espulsione avrebbe dovuto essere ritenuta rimedio appagante in confronto alle specifiche e gravi esigenze che avevano portato al provvedimento detentivo.

In generale, però, si pensava che la compatibilità della misura con i principi di ragionevolezza andasse cercata nell'assenza di modifiche della posizione dello straniero rispetto all'ordinamento penale: l'espulsione, infatti, produceva solo l'effetto sospensivo della custodia cautelare o dell'esecuzione della pena detentiva, senza pregiudizio per le pretese punitive dello Stato. Inoltre, esistevano tali cautele e limiti normativi da circoscrivere di molto la concreta applicabilità dell'istituto (tipologie di reato, ammontare della sanzione, discrezionalità della decisione giudiziaria di applicazione del rimedio, etc.). ⁽³⁹⁾

Analizzando le ulteriori censure mosse alla norma, la giurisprudenza di merito, pur annunciando il contrasto con l'art. 13, comma 2°, Cost., non ne aveva esplicitato le ragioni; ⁽⁴⁰⁾ con riferimento al disposto dell'art. 27, comma 3°, Cost. aveva evidenziato l'impossibilità, in caso di espulsione, di realizzare, sia pure in astratto – poiché la condanna, nel caso concreto, non era ancora passata in giudicato –, la funzione rieducativa della

(38) Ivi, p. 1470.

(39) Ivi, pp. 1475- 1476.

(40) Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 luglio 1993, cit., pp. 46-47.

pena: «Qualora intervenisse infatti una condanna definitiva dello straniero (superiore al limite dei tre anni di reclusione, previsti dalla norma censurata), successivamente alla sua espulsione dallo Stato, sarebbe completamente svilita la stessa *ratio* della sanzione penale, in quanto non sempre (e non facilmente) può essere ottenuta l'extradizione dello straniero condannato». ⁽⁴¹⁾

L'illegittimità della norma andava anche evidenziata con riferimento al principio del buon andamento della pubblica amministrazione, certamente compromesso nel momento in cui si imponeva la prosecuzione dell'attività processuale pur nell'impossibilità fattuale – che, nei limiti in cui si riteneva di potere dar corso, con esito positivo, alla procedura di estradizione, poteva qualificarsi come estrema difficoltà – di dare esecuzione all'eventuale sentenza definitiva di condanna con conseguente spreco di attività giurisdizionale. Secondo il giudice *a quo*, non poteva neppure sostenersi che la sospensione degli effetti penali della sentenza fosse conseguenza di «una favorevole prognosi di ravvedimento del condannato (in analogia con quanto previsto nell'art. 163 c.p.), non essendo affidato al giudice alcun giudizio di merito in tal senso, ma dovendosi limitare l'autorità giudiziaria ad un semplice accertamento delle condizioni normative previste per il rilascio e l'espulsione dello straniero». ⁽⁴²⁾

La Corte costituzionale ha escluso la rilevanza dei dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento agli artt. 27, comma 3°, e 97 Cost., in ragione della relativa ipoteticità, allo stato, e quindi inammissibilità perché ininfluenti rispetto al giudizio *a quo*, che era non definitivo; ⁽⁴³⁾ con riguardo alla funzione educativa della pena, ha addirittura affermato che l'allontanamento dal territorio dello Stato potesse essere funzionale al perseguimento di obiettivi di risocializzazione, difficilmente realizzabili in un contesto carcerario di sovraffollamento. ⁽⁴⁴⁾

In una successiva decisione, n. 283 del 1994, la Corte ha precisato che, malgrado la stessa Consulta abbia sostenuto il carattere ontologicamente rieducativo della pena (sentenza n. 313 del 1990), tale considerazione concerne il trattamento penitenziario in quanto applicato, non rilevando quando tale tratta-

(41) Ivi, p. 47.

(42) Ivi, p. 47.

(43) Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, cit., p. 1472.

(44) Ivi, p. 1475.

mento sia interrotto o sospeso, come nel caso dell'espulsione a richiesta: «In altri termini, con riferimento ai momenti durante i quali lo Stato legittimamente non svolge i poteri inerenti all'esecuzione della pena o della custodia cautelare, non si può pretendere [...] che trovino applicazione le esigenze e gli imperativi che la Costituzione collega alla predetta esecuzione». ⁽⁴⁵⁾

d) Espulsione a titolo di misura di sicurezza e altre ipotesi di diritto penale speciale per gli stranieri. Nell'apparato normativo in esame si è altresì prevista l'espulsione a titolo di misura di sicurezza. ⁽⁴⁶⁾ Nell'art. 15 del decreto 286/98 si contempla la possibilità per il giudice di ordinare l'espulsione dello straniero che sia socialmente pericoloso e che sia stato condannato per taluno dei delitti di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p., al di là dei casi previsti dal codice penale: nell'art. 235 c.p., infatti, si impone l'espulsione dello straniero condannato alla reclusione per un periodo non inferiore a dieci anni. ⁽⁴⁷⁾

Tra le due norme esistono evidenti differenze. Innanzitutto, nel testo unico si fornisce al giudice una facoltà di scelta, che manca, invece, nei casi contemplati nel codice Rocco, ove, per la gravità dei fatti commessi, provata dall'ammontare della sanzione, la misura di sicurezza è soluzione obbligata, sempre nel rispetto del presupposto soggettivo per l'applicazione di questa fattispecie sanzionatoria. Inoltre, la vincolatività della previsione è compensata dal minor numero di casi in cui essa può trovare spazio.

La configurazione dell'espulsione come misura di sicurezza non appare pienamente conforme alla *ratio* sottesa all'introduzione del sistema del doppio binario. In qualsiasi testo di diritto

(45) Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 1994 n. 283, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2501.

(46) A norma dell'art. 15 t.u., «Fuori dei casi previsti dal codice penale, il giudice può ordinare l'espulsione dello straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale, sempre che risulti socialmente pericoloso».

(47) Nell'art. 235 c.p. si statuisce l'obbligatorietà dell'espulsione anche nei casi espressamente preveduti dalla legge. Sono tali, a norma dell'art. 312 c.p., i delitti commessi dallo straniero contro la personalità interna e internazionale dello Stato, quelli contro i diritti politici del cittadino e quelli contro gli Stati esteri, i loro capi e i loro rappresentanti. Anche in tali ipotesi è evidente la funzione di difesa che l'istituto svolge. L'espulsione è inoltre applicabile nell'ambito dei delitti legati alle sostanze stupefacenti a norma dell'art. 86 del testo unico 309/90.

penale si legge che la ragione dell'affiancamento della misura di sicurezza alla pena tradizionale è da ricercare nella diatriba tra Scuola Classica e Scuola Positiva, tra l'idea del libero arbitrio e l'idea del determinismo causale, tra la logica retributiva e quella rieducativa dell'intervento penale. In particolar modo, tramite la pena si compensava la società per il male che questa aveva subito con la commissione dell'illecito, con la misura di sicurezza si perseguiva l'obiettivo della neutralizzazione del reo ingovernabile, nell'auspicio della sua risocializzazione. Tale bipartizione di ruoli, poi, era scemata di significato a causa dell'intervento del legislatore costituzionale, il quale riconobbe già alla pena funzione "tendenzialmente" rieducativa, riducendo la rilevanza dell'autonoma categoria delle misure di sicurezza.

La funzionalizzazione della sanzione alla risocializzazione, però, non viene rispettata nell'istituto dell'espulsione, in quanto il rimedio dell'allontanamento dal territorio è rinuncia al superamento delle problematiche della criminalità e soluzione efficace soltanto rispetto al proposito di annullamento delle pulsioni antisociali inarrestabili del pericoloso.

Sono state mosse delle critiche alla formulazione dell'*incipit* della norma. L'espressione «fuori dei casi previsti dal codice penale» sembrerebbe significare che per i reati contemplati in leggi speciali l'espulsione possa essere disposta ogniqualvolta si tratti di un fatto punibile con tre anni di reclusione nel massimo, mentre per quelli disciplinati nel codice servirebbe una condanna non inferiore a dieci anni di detenzione. ⁽⁴⁸⁾ Pare chiaro, però, che l'intento del legislatore fosse di estendere la misura anche al di là dei casi per i quali essa era stata originariamente prevista, sebbene si sia utilizzata una formula ambigua.

L'attribuzione al giudice della facoltà di disporre la misura di sicurezza significa anche esclusione del diritto dell'imputato straniero alla sua irrogazione: sarà sempre compito del giudicante valutare la congruità e l'opportunità di questa sanzione. ⁽⁴⁹⁾ Da ciò si evince la certa esclusione nell'attuale impianto normativo dell'espulsione a richiesta di parte. ⁽⁵⁰⁾

Secondo la giurisprudenza, inoltre, è esclusa l'applicazione della misura di sicurezza nei confronti degli stranieri coniugati

(48) C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 237.

(49) Così, Corte di cassazione, sentenza 16 aprile 1999 n. 6673, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 159-160.

(50) C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 238.

con cittadini italiani, vista l'operatività del disposto dell'art. 19 t.u.⁽⁵¹⁾ Tale norma trova esecuzione a prescindere dalla natura, amministrativa o penale, dell'espulsione poiché non vi sono né elementi testuali né ragioni sistematiche che facciano propendere per una soluzione diversa. D'altronde, la scelta appare armonica con la rilevanza costituzionale dell'istituzione familiare.⁽⁵²⁾

L'espulsione a titolo di misura di sicurezza e altri istituti, al di là della meritevolezza delle scelte legislative sul punto – che possono apparire non condivisibili dai teorici dell'integrazione, ma vanno comprese nel loro pragmatismo –, mostrano l'esistenza di una sorta di diritto penale speciale per gli stranieri; nella nostra legislazione, infatti, non si rinvencono semplicemente norme settoriali – espressive di esigenze peculiari – che derogano alla disciplina generale, ma il vero e proprio ribaltamento di alcuni principi basilari del diritto penale: primo fra tutti, la finalità rieducativa dell'intervento penale, che, in questo ambito più che altrove, appare subordinata ad esigenze di difesa sociale.

Probabilmente il più importante dei problemi, che la tematica pone, riguarda il limite di riconoscibilità agli stranieri di situazioni giuridiche attive. Si tratta di stabilire se, in linea generale prima e specificamente per il diritto penale poi, sia giusto mantenere, alla luce dei principi costituzionali, delle differenze sostanziali tra la posizione dei cittadini e quella degli immigrati.⁽⁵³⁾

(51) A norma dell'art. 19 t.u., «1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono».

(52) Così, Tribunale di sorveglianza di Bologna, ordinanza 11-24 luglio 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, pp. 162-163.

(53) Sulla condizione giuridica dello straniero, E. GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, IV ed., UTET, 1999, pp. 156 e ss.; G. D'ORAZIO, voce *Straniero (condizione giuridica dello). I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXX, 1993.

Sulla differenza tra cittadinanza in senso giuridico e cittadinanza in senso sociologico, G. ZINCONI, *Cittadinanza e processi migratori: tesi sulle trasformazioni e i conflitti*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, pp. 44 e ss.

Se, da un lato, è certo che il profilo della cittadinanza sia fondamentale per il riconoscimento non solo di poteri ma anche di doveri – per cui appare improprio parlare, in tal caso, di trattamento discriminatorio –, è anche vero, però, che nell’ambito prettamente penale le ragioni soprattutto utilitaristiche, che guidano le scelte nei settori civile e amministrativo, non possono avere la stessa giustificazione. La sanzione penale incide immediatamente su beni fondamentali e irrinunciabili della persona, i quali possono essere compromessi solo se vi sono motivazioni di indiscussa rilevanza, concernenti valori che trascendono la nazionalità dei soggetti coinvolti nel reato. Se il nostro è un sistema penale del fatto, in cui rilevano obiettivamente le condotte illecite per la loro incidenza negativa sul bene protetto dalla norma, non appaiono condivisibili soluzioni normative che traccino esiti diversi in ragione del possesso o meno della cittadinanza.

Il giudice delle leggi, in più occasioni nel corso del tempo, ha affrontato la questione della posizione dello straniero nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano, al fine di tracciare una linea di demarcazione tra ciò che possa o non possa fare chi non gode della cittadinanza dello Stato. Al di là delle singole problematiche analizzate e risolte dalla Consulta, un dato appare chiaro: allo straniero vanno tendenzialmente riconosciuti tutti quei diritti che si traducano in strumenti di salvaguardia della libertà individuale. ⁽⁵⁴⁾

(54) Ne è un esempio la sentenza del 19 gennaio 1993 n. 10 (in *Giur. cost.*, 1993, pp. 52 e ss., con nota di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, pp. 66 e ss.), in cui si afferma l'esigenza della sostanziale equiparazione processuale tra cittadino imputato e straniero imputato, garantita, tra l'altro, dalla presenza di un interprete in ogni fase del procedimento qualora l'imputato (o indagato) ignori la lingua italiana.

Tuttavia, la giurisprudenza, a parziale ridimensionamento della portata di questo principio, ha affermato che sussiste l'obbligo per l'autorità giudiziaria di provvedere alla nomina dell'interprete solo quando la mancata conoscenza della lingua italiana da parte della persona nei cui confronti si procede risulta dagli atti o, comunque, è accertata processualmente. Così, Corte di cassazione, sentenza 15 novembre 2000 n. 5187, in *Gli stranieri*, 2001, n.1, p. 33 e in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 128-129.

Sulla presunta menomazione del diritto di difesa nella disciplina del procedimento giurisdizionale avverso il decreto di espulsione, N. ZORZELLA, *Il diritto di difesa degli stranieri e la Corte costituzionale: spunti di analisi sulla sentenza n. 161/2000*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 51 e ss.

Tuttavia, che esista una differenza tra cittadino e straniero è ribadito dalla Corte stessa, secondo la quale «la diversità della posizione del cittadino rispetto a quella dello straniero, seppure non precluda il riconoscimento all'uno e all'altro dei diritti fondamentali, consente al legislatore, nell'ambito del suo ragionevole apprezzamento, di stabilire modalità normativamente diversificate nel godimento di tali situazioni soggettive costituzionalmente garantite». ⁽⁵⁵⁾

Esempio di disparità di trattamento è il disposto del terzo comma dell'art. 6 del decreto 286/98, a norma del quale è punito con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda fino a lire ottocentomila lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisca, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno. ⁽⁵⁶⁾

Il comportamento incriminato costituisce forma aggravata di un illecito già previsto in linea generale in materia di pubblica sicurezza. Dalla combinazione degli artt. 221 del t.u.l.p.s. e 294 del relativo regolamento deriva che è punito con l'arresto fino a due mesi e con l'ammenda fino a lire duecentomila chi non esibisca a richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza la carta di identità o i titoli equipollenti. Questo differente trattamento desta perplessità, soprattutto in merito alla presunta violazione del principio di uguaglianza. Non è facilmente comprensibile, infatti, quale maggiore attitudine offensiva presenti la mancata esibizione di uno dei documenti indicati da parte dello straniero rispetto al comportamento analogo del cittadino.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza 19 gennaio 1993, cit., p. 56. Cfr., altresì, Corte costituzionale, ordinanza 10 dicembre 1987 n. 503, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 3317 e ss., con nota di N. AMODIO, *Espulsione e diritti dello straniero*, pp. 3320 e ss.

⁵⁶ In argomento, A. CASADONTE, *Del reato di omessa esibizione di documento identificativo ovvero alla ricerca della perduta nomofilachia*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 86 e ss.; I. FUSIELLO, *I destinatari dell'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione. Brevi note in materia di art. 6, co. 3, d. lgs. 286/98*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 2, pp. 76 e ss. In giurisprudenza, Corte di cassazione, sentenza 11 novembre – 6 dicembre 1999 n. 14008, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 170 e ss.; Corte di cassazione, sentenza 4-29 novembre 1999 n. 13562, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 166 e ss. e in *Riv. pol.*, 2000, pp. 479 e ss., con nota di V. PEDONE, *Sul reato dello straniero clandestino che non documenta la sua identità a richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza*, pp. 483 e ss.; Pretura di Torino, sentenza 25 ottobre – 6 novembre 1999 n. 5613, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 161 e ss. e in *Guida dir.*, 18 dicembre 1999, n. 49, pp. 82 e ss.

Se, da un lato, è vero che l'art. 3 Cost. è riferito ai cittadini, consentendo implicitamente trattamenti discriminatori verso gli stranieri, è anche vero, dall'altro, che l'uguaglianza è valore fondante di uno stato democratico, che non dovrebbe mai subire eccezioni e che rientra nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo. Tale opinione è condivisa dalla stessa Corte costituzionale, che ha affermato come questo principio, riferito agli stranieri, vada considerato congiuntamente agli artt. 2 e 10, comma 2°, Cost., nel primo dei quali sono riconosciuti a tutti i diritti inviolabili della persona, mentre nell'altro si dispone la regolamentazione della condizione giuridica dello straniero con legge conforme alle norme e ai trattati internazionali. In conseguenza di ciò, sebbene nell'art. 3 Cost. si indichino espressamente soltanto i cittadini, il principio varrà anche per gli stranieri quando si tratti di rispettarne i diritti fondamentali. ⁽⁵⁷⁾

Se, da una parte, la rilevanza penale della mancata esibizione del documento d'identità o del permesso o della carta di soggiorno riguarda lo straniero in misura accentuata, dall'altra, cittadini e non sono sempre tenuti a fornire indicazioni relative alle proprie qualità personali. Con l'art. 651 c.p. si punisce chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato o su altre qualità personali con l'arresto fino a un mese o l'ammenda fino a lire quattrocentomila; tra questo e l'art. 6, comma 3°, t.u. non esiste un caso di concorso apparente; le due fattispecie riguardano ambiti differenti, che possono anche coesistere. ⁽⁵⁸⁾ All'immigrato, che non esibisca il documento richiesto senza giustificato motivo, sarà addebitabile anche il reato di rifiuto d'indicazione sull'identità personale se egli non fornirà le proprie generalità: l'art. 651 c.p. si riferisce, infatti, a chiunque. Qualora, invece, egli dichiari il proprio nome e il proprio stato senza fornire quanto richiesto, risponderà del solo reato di cui al testo unico.

Ciò che desta maggiori perplessità è che la risposta sanzionatoria prevista in caso di inottemperanza al precetto di cui all'art. 651 c.p. è più lieve rispetto a quella del testo unico;

(57) In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 1963 n. 120, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1577 e ss.

(58) È un vero e proprio caso di concorso materiale, come già evidenziato dalla giurisprudenza nella sentenza della Corte di Cassazione del 13 aprile 1989 (in *Cass. pen.*, 1990, pp. 1503 e ss.).

e non solo la pena è di ammontare più modesto, ma è anche alternativa, mentre per il reato di cui all'art. 6, comma 3°, t.u. sono cumulate sanzione detentiva e sanzione pecuniaria. La mancata indicazione delle generalità, impedendo l'identificazione della persona, dovrebbe rivestire invero un carattere più grave rispetto alla mera omessa certificazione di una situazione comunque dichiarata. Certamente, l'obbligo di esibizione dei documenti d'identità può rispondere all'esigenza di discernere la condizione di regolarità dello straniero da quella di clandestinità; tuttavia, la previsione sembra celare un atteggiamento di diffidenza verso l'immigrato, quasi che per questi vigesse un principio di presunzione di colpevolezza, in virtù del quale si sia tenuti costantemente a dimostrare a richiesta la liceità della propria posizione.

Si è anche posto il problema di stabilire se la norma dell'art. 6 citato si rivolga indistintamente a tutti gli stranieri o se il suo ambito di operatività vada circoscritto agli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato, i quali, per ragioni non plausibili, tengano una condotta conforme alla previsione legale.

Dottrina e giurisprudenza di merito sembrano condividere quest'ultima opinione per ragioni soprattutto di ordine sistematico.⁽⁵⁹⁾ In particolare, si evidenzia che l'articolo è collocato nel capo dedicato alle norme sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero e non in quello concernente l'allontanamento degli irregolari: da ciò deriverebbe la riferibilità della disposizione a coloro i quali si trovano in Italia nel rispetto delle regole. La previsione avrebbe come fine, quindi, l'esercizio di un controllo tempestivo sulla situazione degli immigrati da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, onde evitare indagini dispendiose – dal punto di vista ed economico e organizzativo – per accertare la condizione dei suddetti. D'altronde, se si consentisse di applicare la sanzione anche agli irregolari, si introdurrebbe, surrettizia-

(59) In tal senso, I. FUSIELLO, *op. cit.*, pp. 76 e ss. e Pretura di Pinerolo, sentenza 29 maggio 1999, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 2, pp. 217 e ss. Esprime opinione analoga la Pretura di Torino che, nella sentenza del 25 ottobre – 6 novembre 1999, cit., ha affermato che lo straniero, materialmente privo di documenti per esserne già stato sprovvisto al momento del suo ingresso in Italia, ha un giustificato motivo per non provvedere alla relativa esibizione, al pari di colui al quale i documenti manchino per furto o smarrimento. Per un contributo su questa decisione, M. NIGRA, *Contro ingressi e soggiorni irregolari l'arma delle sanzioni amministrative*, in *Guida dir.*, 18 dicembre 1999, n. 49, pp. 86-87.

mente, il reato di ingresso clandestino, contraddicendo la chiara volontà legislativa, saldamente contraria alla criminalizzazione di tale condotta.⁽⁶⁰⁾

Inoltre, v'è anche una ragione pratica da considerare. Il clandestino è normalmente sanzionato con l'espulsione o il respingimento alla frontiera; se egli fornisce le proprie generalità – e quindi consente di individuare il paese di origine o di provenienza –, non v'è molta utilità nel controllare il documento d'identificazione (ovviamente, non può pretendersi l'esibizione del permesso o della carta di soggiorno, essendo egli irregolare) perché si procederà all'espulsione, anche dopo un periodo di trattenimento presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino. Se poi le indicazioni da lui fornite dovessero rivelarsi false e lo Stato, nel quale effettuare il rimpatrio, dovesse rifiutarsi di accoglierlo, gli si potrà muovere un rimprovero ben più grave, vale a dire l'imputazione per un delitto di falsità personale.

Se, invece, il clandestino non dovesse fornire alcuna indicazione, egli, intanto, ai sensi dell'art. 349 c.p.p., potrà essere trattenuto dalla polizia giudiziaria per non più di dodici ore; quindi, se le generalità vengono scoperte, anche attraverso ulteriori indagini, dovrà rispondere dell'art. 651 c.p. e, poi, essere espulso; fino a quando permarrà l'incertezza sull'identità fisica, verrà pregiudicato il compimento della normale attività dell'autorità procedente, come si evince dall'art. 66 c.p.p.

Pare, inoltre, che, in caso di difetto assoluto di indizi circa l'identità personale del clandestino, non si possa ricorrere al di lui ricovero presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza, perché nell'art. 14 t.u. si subordina il trattenimento dello straniero all'impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento per l'esigenza di accertamenti

(60) A sostegno dell'estendibilità della fattispecie anche agli stranieri irregolari si sono evidenziati la funzione dell'incriminazione, volta a garantire la celere identificazione degli stranieri, la formulazione della norma, che non discerne tra il comportamento ostruzionistico di chi rifiuta di mostrare i documenti e quello necessitato di chi non possa adempiere alla richiesta di esibizione, e l'uso dell'espressione "non esibisce", che sarebbe stata sostituita con quella "rifiuta di esibire" se si fosse voluta limitare la punibilità ai soli soggetti indisponibili alla collaborazione con le autorità (opinione riportata nella sentenza della Pretura di Torino, 29 maggio 1999, cit., p. 82). Nella giurisprudenza di merito, sull'applicabilità della norma anche agli irregolari, cfr. altresì Tribunale per i minorenni del Friuli Venezia Giulia, sentenza 15 dicembre 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, pp. 169-170.

«supplementari» in ordine alla sua identità o nazionalità: quest'ultima condizione presupporrebbe allora la conoscenza quantomeno di un minimo di elementi relativi alla situazione personale del soggetto.

Proprio per tali ragioni e secondo un'esegesi contraria a quella generalmente accolta, che consente l'uso del centro di permanenza temporanea ed assistenza come luogo di sosta in attesa della scoperta di dati personali relativi al clandestino, giaceva in Parlamento una proposta di legge – la n. 5808, presentata dall'on. Fini e altri il 15 marzo 1999 e concernente le modifiche da apportare al testo unico sull'immigrazione –, con la quale è stata avanzata, tra l'altro, l'idea di introdurre nell'art. 6 del decreto un comma 3-ter, secondo il quale «lo straniero che, interrogato sull'identità, sullo stato o su altre qualità personali, rifiuta le indicazioni o le fornisce false ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle funzioni o del servizio, è punito con la reclusione da uno a quattro anni [...] Durante il tempo necessario ad accertare le esatte generalità del reo, questi è trattenuto presso il più vicino centro di permanenza temporanea ed assistenza». ⁽⁶¹⁾ La previsione del delitto di falsa od omessa dichiarazione di generalità avrebbe risposto alla necessità di evitare che molti extracomunitari, interrogati sulla loro identità, rifiutassero di fornire le indicazioni richieste, nella certezza che, una volta trasferiti nei centri di permanenza temporanea e trascorsi i trenta giorni originariamente previsti senza che le autorità competenti fossero riuscite a ricostruire i dati riguardanti la loro identità, avrebbero potuto rimanere sul territorio italiano. ⁽⁶²⁾ La norma è stata considerata di tale rilevanza da essere riproposta dai parlamentari nel corso della quattordicesima legislatura. ⁽⁶³⁾

(61) Sta alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk6000/articola/5808.htm.

(62) Dall'intervento dell'on. Landi di Chiavenna alla Commissione Affari Costituzionali nella seduta del 31 ottobre 2000, riunita per l'esame del progetto di legge n. 5808 (alla pagina web http://www.camera.it/_dati/lavori/bollet/200010/1031/html/01//comunic.htm).

(63) Cfr. art. 4 della proposta di legge n. 1413, dal titolo "Modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", d'iniziativa dei deputati La Russa e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 24 luglio 2001, alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk1500/articola/1413.htm.

La disposizione, oltre a destare dubbi per l'evidente disparità di trattamento fra cittadini e immigrati, con il conseguente avvalorarsi dell'idea della tendenza alla creazione di un diritto speciale per gli stranieri, appare censurabile per l'accomunare situazioni evidentemente difformi come il falso e l'omissione; è innegabile, infatti, la differenza di disvalore ricollegabile alle due condotte: nel falso il bene protetto viene leso in misura maggiore perché v'è una condotta positiva di sviamento dell'azione delle autorità.

Infine, secondo la giurisprudenza di merito, è responsabile dell'illecito di cui all'art. 6, comma 3°, t.u. lo straniero che, «avendo sulla sua persona o a sua immediata disposizione questi documenti, non li esibisca subito all'autorità che lo interpella. Ovviamente il reato sussiste quando c'è una sicura prova di tale possesso o disponibilità immediata dei documenti, con un rifiuto diretto intenzionalmente in quel momento a nascondarli». ⁽⁶⁴⁾ Poiché nella norma si prevede l'esclusione della colpevolezza in caso di giustificato motivo, la contravvenzione non sussisterebbe quando l'immigrato non abbia con sé quanto richiesto per la conseguente impossibilità di esibirlo, né quando l'immigrato sia un irregolare. Il reato non si configurerebbe neppure nell'ipotesi in cui l'immigrato, che non ha mostrato i documenti per giustificato motivo, non dica dove si trovino gli stessi, in quanto la norma punisce la sola mancata esibizione degli stessi, realizzandosene, in caso contrario, un'estensione analogica della portata applicativa, notoriamente interdetta nel diritto penale. In sostanza, si sanzionerebbe il rifiuto volontario, ma immotivato, di adempiere alla richiesta, non anche l'impossibilità materiale di darvi esecuzione.

La giurisprudenza di merito ha sottolineato di recente l'inutilità della norma, incapace, per l'esiguità della sanzione prevista e per l'estrema difficoltà che la pena irrogata sia portata a concreta esecuzione, ⁽⁶⁵⁾ di esplicare reale funzione deterrente. Inoltre, non solo il fatto appare più esiguo dell'ingresso

(64) In tal senso, Pretura di Pinerolo, sentenza 29 maggio 1999, cit., p. 218; anche Tribunale di Aosta, sentenza 23 giugno 1999 n. 534, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 190-191.

(65) Infatti, la sanzione pecuniaria, che costituisce la pena ordinaria in questi casi, viene comminata con decreto penale di condanna e non è quasi mai assolta per l'irreperibilità del condannato, il quale aveva in precedenza fornito false generalità. Così, Tribunale di Venezia, ordinanza 2 giugno 2000 n. 550, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, p. 190.

clandestino, che non ha rilevanza penale e rispetto al quale si determina un trattamento discriminatorio, ma, poiché il relativo accertamento comporta un notevole dispendio di risorse pubbliche, si contravviene anche al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione. Risulta, infatti, paradossalmente, addirittura più conveniente per gli stranieri non esibire i documenti d'identificazione, sicuri della permanenza nel territorio dello Stato per l'impossibilità di allontanare soggetti dall'identità incerta, piuttosto che affermare le proprie generalità e, quindi, consentire l'espulsione. Pertanto, è stata proposta questione di legittimità costituzionale per la ritenuta violazione degli artt. 3, 27 e 97 della Carta fondamentale. ⁽⁶⁶⁾

Il dubbio, però, è stato respinto per manifesta infondatezza, poiché le critiche prospettate dal giudice remittente investivano più le scelte politiche del legislatore, su cui la Corte non ha competenza d'intervento, che la violazione di parametri costituzionali. ⁽⁶⁷⁾ D'altronde, la Consulta conferma la corrente interpretativa maggioritaria della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il reato viene integrato anche nell'ipotesi d'impossibilità di esibizione dei documenti a causa della condizione di clandestinità dello straniero. Secondo la Cassazione, infatti, dal nono comma dell'art. 6 t.u. deriverebbe il generale obbligo degli stranieri, a prescindere dalla condizione di irregolarità, di munirsi di un documento di identificazione quando permangono sul territorio italiano: l'art. 6, comma 3°, t.u. si porrebbe a sanzione di tale omissione. Farebbe eccezione il mancato possesso per motivi giustificabili e dimostrabili già prima della richiesta di esibizione, non anche per comportamento volontario.

D'altronde, tale esegesi risulterebbe dall'interpretazione sistematica di tutta la normativa vigente in materia di extracomunitari, con cui si sarebbe sostanzialmente recepito il disposto dell'abrogato art. 144 t.u.l.p.s., in ragione del quale l'autorità di pubblica sicurezza aveva facoltà d'invitare lo straniero ad esibire

(66) Tribunale di Venezia, ordinanza 2 giugno 2000, cit., pp. 188 e ss.

(67) Corte costituzionale, ordinanza 7 marzo 2001 n. 68, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 102-103 e in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, pp. 169 e ss. Cfr. anche *Clandestini senza documenti: contravvenzione «inutile» ma non irragionevole*, in *Diritto & Giustizia*®, quotidiano di informazione giuridica, alla pagina web www.dirittoegiustizia.it del 17-19 marzo 2001.

(68) A norma del quarto comma dell'art. 6 t.u., come modificato dalla legge Bossi-Fini, «Qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici».

i documenti d'identificazione di cui fosse provvisto e a dare contezza di sé, oltre alla possibilità di sottoporre lo straniero a rilievi segnaletici nei casi dubbi (com'è, d'altronde, previsto oggi nel quarto comma dell'art. 6 t.u.⁽⁶⁸⁾) Durante la vigenza della norma, lo straniero, che non ottemperava alla richiesta di presentarsi alla questura per dare contezza di sé, veniva incriminato ai sensi dell'art. 650 c.p., anche se clandestino. L'art. 6, comma 3°, t.u. si porrebbe in sostituzione dell'art. 144 t.u.l.p.s.⁽⁶⁹⁾

Un atteggiamento contrario alla tendenza verso la specificazione della posizione degli stranieri può essere rinvenuto nella giurisprudenza, che, in alcune pronunce, ha tentato di porre un freno alla disapplicazione delle norme generali quando ne risultino coinvolti soggetti privi del requisito della cittadinanza. Ne è un esempio la sentenza della Cassazione n. 1990 del 27 maggio – 12 luglio 1999,⁽⁷⁰⁾ con la quale, tra l'altro, la Suprema Corte ha escluso che le misure cautelari possano essere applicate quando il pericolo di fuga dell'indagato sia rappresentato unicamente dalla sua condizione di straniero. Nell'art. 274 c.p.p. si pretende, infatti, che sussista un concreto pericolo che l'imputato si dia alla fuga, pericolo di cui la condizione di immigrato può costituire solo un indizio, ma che necessita, per avere fondamento, del concorso di un'attività positiva del soggetto dalla quale si evinca il proposito di sottrarsi al corso della giustizia. Pertanto, non sarà di per sé indice di un intento di fuga il rientro in patria dello straniero, dopo la contestazione del fatto di reato, quando tale condotta appaia fisiologica nel suo *modus vivendi*; perché il rischio di fuga si concretizzi, è necessaria la presenza di altri elementi e fatti concreti, dalla cui valutazione globale possa ricavarsi la sussistenza del pericolo.

Si è avuta invece una specificazione in positivo della situazione dello straniero con il d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, concernente il regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà. Con riferimento alla condizione di straniero detenuto, innanzitutto si è reiterato il principio dell'adeguamento dell'esecuzione delle misure privative della libertà personale alle difficoltà linguistiche e alle differenze culturali degli stranieri; poi sono stati previsti espressamente la figura dell'operatore di mediazione culturale,

(69) Cfr. Corte di cassazione, sentenza 4 novembre 1999, cit., pp. 166 e ss.

(70) Sta in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 4, pp. 170-171.

l'adeguamento del vitto alle prescrizioni delle diverse confessioni religiose, l'accentuazione della libertà di professione religiosa, un'offerta libraria rappresentativa del pluralismo culturale esistente nella società. ⁽⁷¹⁾

Già nel testo unico sono state comunque introdotte norme di favore. Così, nell'art. 13, comma 8°, t.u. è contemplata la possibilità che lo straniero sia ammesso al gratuito patrocinio ⁽⁷²⁾ e, per tutelare lo straniero sottoposto a violenza o a grave sfruttamento, è stata prevista all'art. 18 t.u. la possibilità di concedere uno speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. ⁽⁷³⁾

4. I rimedi amministrativi alla clandestinità

L'atteggiamento umanitario di apertura delle frontiere verso individui provenienti da condizioni di vita precarie si ridimensiona di fronte alla constatazione dell'impossibilità di accogliere tutte le istanze di ricovero; il problema della regolamentazione dei flussi costituisce oggi, infatti, un dato su cui argomentare per definire le quantità e le modalità degli ingressi, ma indiscutibile, dogmatico nella sua immanenza: nessuno, probabilmente, sosterebbe con convinzione l'idea dell'apertura totale dei confini di stato, ma il contingentamento degli accessi assurge quasi al ruolo di criterio della politica internazionale.

In questo quadro la disciplina delle modalità di allontanamento dei clandestini può costituire la rappresentazione del livello di realizzazione delle aspirazioni garantistiche nel nostro sistema istituzionale.

Il primo dei provvedimenti contemplati nel testo unico per realizzare il contrasto dell'immigrazione clandestina è costituito

(71) In argomento, S. NAPOLITANO, *Il nuovo Regolamento penitenziario d.p.r. 230/2000. L'applicazione dei benefici allo straniero. Analisi in Emilia Romagna*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, pp. 57 e ss. Cfr. altresì, sulla condizione degli extracomunitari detenuti, G. C. CASELLI, *Stranieri e carcere*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, pp. 11 e ss.

(72) In argomento, M. MASSENZ, *Il patrocinio a spese dello Stato per gli stranieri espulsi nella disciplina del Testo unico d. lgs. 286/98*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 93 e ss.

(73) In argomento, M. G. GIAMMARINARO, *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 4, pp. 34 e ss.; M. G. GIAMMARINARO, *Prime valutazioni sull'attuazione delle norme sul traffico di persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, pp. 53 e ss.

dal respingimento alla frontiera. ⁽⁷⁴⁾ Esso consiste semplicemente nell'impedimento dell'ingresso nello Stato di quei soggetti che si presentino ai valichi privi dei requisiti prescritti dalla legge ⁽⁷⁵⁾: la polizia di frontiera si limiterà a frapporre il proprio divieto alla richiesta d'ingresso.

Nel secondo comma dell'art. 10 t.u. sono contemplati due ulteriori casi in cui si ricorre all'istituto del respingimento; la particolarità consiste nel fatto che in tali ipotesi lo straniero ha già fatto ingresso nel territorio dello Stato, purtuttavia il legislatore ha preferito ricorrere al rimedio meno incisivo citato, piuttosto che far riferimento alla ben più cogente espulsione.

(74) A norma dell'art. 10 t.u., «1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. 2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che, entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso».

Sulla mancata definizione normativa della forma che il provvedimento di respingimento deve assumere e sulle ragioni della preferenza per l'uso del decreto motivato, P. DUBOLINO, *op. cit.*, pp. 274-275.

(75) A norma del primo comma dell'art. 4 t.u., «L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti». È necessario inoltre che lo straniero sia in possesso di una documentazione idonea a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, «nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza». Non sarà consentito l'ingresso dello straniero che costituisca «una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite». Verranno respinti poi gli stranieri già espulsi, se non hanno ottenuto la speciale autorizzazione per il reingresso o se non è interamente trascorso il periodo di divieto di ingresso, gli stranieri che devono essere espulsi e coloro che sono stati segnalati per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali. In ogni caso dovranno essere rispettate le prescrizioni formali contenute nel regolamento di attuazione.

La più chiara di queste ipotesi è contenuta nella lettera b) di tale secondo comma ed è costituita dal caso in cui lo straniero, malgrado fosse privo dei requisiti prescritti dalla legge per il regolare ingresso nel territorio dello Stato, vi è stato ammesso «temporaneamente» per necessità di pubblico soccorso. È una ragione umanitaria ad avere spinto il legislatore a derogare alla severità delle norme sull'ingresso quando vi siano dei beni fondamentali da salvaguardare – come innanzitutto la salute –. L'uso dell'avverbio «temporaneamente» sottolinea però il carattere transitorio dell'accesso, che non potrà quindi protrarsi al di là dell'esaurimento dell'intervento di soccorso.

A completamento della disciplina, è stata prevista nel secondo comma dell'art. 12 t.u. una causa di giustificazione per rendere inequivocabilmente certa l'esclusione della responsabilità penale degli agenti che prestino soccorso e assistenza umanitaria nei confronti di stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato, quindi anche irregolari.

Sorgono perplessità nella disamina della lettera a) dell'art. 10 t.u., a norma della quale il respingimento con accompagnamento alla frontiera viene altresì disposto nei confronti degli stranieri entrati nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli alla frontiera, ma fermati all'ingresso o subito dopo. Si tratta delle medesime circostanze che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa: vi è un ingresso clandestino. La differenza tra le due ipotesi sta tutta nella durata della permanenza sul territorio: se lo straniero viene presto assicurato alle forze dell'ordine, si applica la disciplina del respingimento; altrimenti, si ricorrerà alla procedura espulsiva.

La distinzione non è di poco momento se si considera che chi viene respinto rientra al paese d'origine e, ottenuta la documentazione necessaria per il regolare accesso in Italia, può immediatamente giungervi; chi viene espulso, invece, non può fare ingresso nel territorio dello Stato normalmente per dieci anni.⁽⁷⁶⁾

Ciò che maggiormente fa discutere è l'attribuzione alla mera discrezionalità amministrativa del compito di definire la durata della permanenza utile ai fini del ricorso alternati-

(76) Prima della riforma del 2002, chi veniva espulso non poteva fare ingresso nel territorio dello Stato per un periodo di cinque anni, salvo che il giudice, sulla base dei motivi legittimi addotti dall'interessato e in ragione della condotta da lui complessivamente tenuta durante il periodo di permanenza, non avesse disposto una durata diversa, comunque non inferiore a tre anni.

vo agli strumenti anzidetti. L'uso del mero respingimento nei casi di immediato fermo dei clandestini appare conseguenza della scarsa idoneità offensiva della condotta di tali soggetti. Tuttavia, la mancata previsione di strumenti coercitivi potrebbe sembrare insufficiente a garantire la congrua tutela dell'ordine pubblico nei casi in cui il difetto di permanenza deriva sovente da fattori esterni alla condotta individuale di illecito ingresso: il disvalore, nonché il pericolo per i beni nazionali, sta tutto nell'attraversamento illegale delle frontiere e la protrazione della permanenza costituisce solo l'aggravamento di una situazione già in origine rischiosa.

Nell'ultimo comma dell'art. 10 t.u. si prevede la registrazione dei respingimenti effettuati dall'autorità di pubblica sicurezza. Tale disposizione va agganciata probabilmente al contenuto dell'art. 13, comma 14°, t.u., secondo cui il giudice può ridurre fino a cinque anni il periodo di divieto di reingresso successivo all'espulsione sulla base «della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia»: l'avvenuto respingimento potrebbe costituire allora ostacolo alla decurtazione della sanzione. È evidente, però, in tal caso, l'improprietà del riferimento al concetto di «permanenza».

Il più importante tipo di reazione previsto nel sistema contro il clandestino è la c.d. espulsione amministrativa. Si tratta di un provvedimento non avente natura penale, con le conseguenze favorevoli che ciò comporta. Esso è regolamentato agli artt. 13 e 14 della normativa in esame.

L'evoluzione storica della disciplina delle espulsioni è stata nel senso del progressivo riconoscimento di limiti ai poteri delle autorità. ⁽⁷⁷⁾ Fino a qualche decennio addietro esistevano a presidio della questione poche norme, fra l'altro scarsamente coordinate tra loro; vi era una forte supplenza giudiziaria all'esiguo interessamento del legislatore e ciò aveva determinato, ad esempio, la nascita dell'istituto del permesso di soggiorno, sulla scorta di un'esegesi evidentemente creatrice della disposizione che imponeva allo straniero, arrivato sul territorio dello Stato, di dar contezza di sé. Si pervenne così all'elaborazione della legge Martelli, che ebbe finalità di sistematizzazione della materia. Le critiche a tale

(77) In argomento, A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 1999, n. 3, pp. 424 e ss.

provvedimento normativo furono tali da richiedere interventi correttivi – i decreti c.d. Dini e Conso –, sino al definitivo riordino del settore realizzato con la legge n. 40 del 1998,⁽⁷⁸⁾ poi trasfusa nel vigente decreto legislativo 286/98, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. La pretesa di esaustività è la caratteristica annunciata di tale decreto, che, malgrado i limiti e la necessità di revisione da vari punti di vista, può essere ritenuto comunque la base normativa di ulteriori discussioni e approfondimenti.

Le autorità che possono emettere un decreto di espulsione sono il ministro dell'Interno e il prefetto, la competenza dei quali è subordinata alla sussistenza di diversi presupposti. Il ministro dell'Interno può disporre l'espulsione dello straniero solo per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, mentre il prefetto ha facoltà più ampie: egli può infatti procedere quando lo straniero è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e senza essere respinto; quando questi si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver inoltrato la richiesta di permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore; quando il permesso di soggiorno è stato annullato o revocato o è scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo; quando lo straniero appartiene ad una delle categorie per le quali sono applicabili le misure di prevenzione.⁽⁷⁹⁾

Chiunque sia l'autorità che emette il provvedimento, il decreto di espulsione va motivato. Già durante la vigenza della legge Martelli la Corte costituzionale era intervenuta sovente per modificare la disciplina del procedimento di espulsione, sottolineando che le esigenze di celerità e di effettività non

(78) Per un'analisi della disciplina normativa contro la clandestinità, introdotta con la legge 40/98, P. DUBOLINO, *op. cit.*, pp. 265 e ss. Per una disamina della legge 40/98 in materia di espulsione amministrativa, M. CASTELLARO, *La disciplina delle espulsioni amministrative e della connessa tutela giurisdizionale nella recente legge contenente nuove norme sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero*, in *Riv. pol.*, 1998, pp. 345 e ss.

(79) Rientrano nell'insieme i soggetti che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi, coloro che vivono dei proventi di attività delittuose, coloro che si reputino dediti a commettere reati contro l'integrità fisica o morale, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica, gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso (cfr. le leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575 e successive modificazioni).

potevano tradursi nel deterioramento delle garanzie costituzionali.⁽⁸⁰⁾

L'esecuzione dell'espulsione è compito del questore. Sono due le possibili modalità con cui essa può svolgersi: con accompagnamento alla frontiera o tramite semplice intimazione. In quest'ultimo caso il decreto di espulsione contiene l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Fino alla riforma del 2002 il procedimento per intimazione costituiva ipotesi generale, nel senso che trovava applicazione ogniquale volta non fossero state disposte nella legge modalità esecutive più cogenti. Si procedeva all'espulsione coattiva, invece, quando il provvedimento era ministeriale; quando lo straniero permaneva nel territorio oltre il termine fissato con l'intimazione; quando, essendo lo straniero espulso perché appartenente a una delle categorie sottoponibili a misure di prevenzione, il prefetto rilevava, in base a circostanze obiettive, il concreto pericolo che quegli si sottraesse all'esecuzione del provvedimento;⁽⁸¹⁾ quando il medesimo timore sussisteva nei confronti del clandestino, non respinto alla frontiera, privo di valido documento d'identità. Con la legge Bossi-Fini è stato reso ordinario il rimedio dell'accompagnamento coattivo, mentre il procedimento per intimazione è stato riservato al solo caso in cui lo straniero si sia trattenuto nel territorio dello Stato, pur essendo scaduto il suo permesso di soggiorno da più di sessanta giorni, ed egli non ne abbia chiesto il rinnovo; anche in questa ipotesi, tuttavia, si procederà all'accompagnamento forzato se

(80) In tal senso, D. DE VINCENZIIS, *La nuova disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, 1998, p. 7.

(81) Secondo la giurisprudenza, l'accertamento della pericolosità sociale deve essere contenuto in un previo provvedimento dell'autorità giurisdizionale – nella specie, il tribunale competente per l'applicazione della misura di prevenzione –, in quanto tale facoltà non è espressamente attribuita agli organi amministrativi, investiti, secondo i principi generali, «di un mero potere di proposta in una materia che resta demandata al controllo giurisdizionale». Solo con questa interpretazione *in bonam partem*, d'altronde, si rende compatibile la norma con il principio della libertà personale. In tal senso, Tribunale di Palermo, decreto 27 dicembre 2000 – 3 gennaio 2001, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, p. 133.

In altra decisione, però, la giurisprudenza ha distinto il concetto di pericolosità sociale, cui ricorrere nell'applicazione delle misure di sicurezza e che è indubbiamente oggetto di accertamento giudiziario, dalla pericolosità richiesta ai sensi dell'art. 13, comma 2°, lett. c), t.u., poiché il provvedimento espulsivo che ne consegue è volto semplicemente ad allontanare uno straniero ritenuto non degno di permanere sul territorio italiano per fatti obiettivi ed emendabili. Così, Tribunale di Torino, ordinanza 28 dicembre 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, p. 134.

il prefetto rileverà il pericolo concreto che l'extracomunitario si sottragga all'esecuzione del provvedimento espulsivo.

Potrebbe accadere che sia difficoltoso procedere immediatamente all'accompagnamento alla frontiera dello straniero espulso. In questo caso nella legge si consente di percorrere una strada alternativa. Se, infatti, bisogna soccorrere lo straniero, effettuare accertamenti ulteriori sulla sua identità o nazionalità, acquisire i documenti per il viaggio, ovvero se vi è indisponibilità del vettore, il questore dispone il trattenimento dello straniero, per il tempo strettamente necessario, presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino. Si tratta di una previsione che desta perplessità perché introduce una forte limitazione alla libertà individuale con uno strumento specifico per gli immigrati. ⁽⁸²⁾ Non esiste nessuna fattispecie

(82) Erano stati prospettati dei dubbi di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina procedimentale degli artt. 13 e 14 t.u. nella parte in cui non si prevedeva che la mancata convalida del trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza, in caso di insussistenza dei presupposti di cui all'art. 13 t.u., elidesse gli effetti del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica; nella parte in cui non si prevedeva che il provvedimento di allontanamento coattivo fosse comunicato all'autorità giudiziaria e assoggettato a convalida entro quarantotto ore; e nella parte in cui si prevedeva che la convalida del provvedimento del questore comportasse la permanenza nel centro per un periodo di complessivi venti giorni e non si prevedeva, invece, che la permanenza nel centro conseguisse a provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria per il periodo di tempo da questa indicato, nel rispetto del limite massimo di venti giorni. Per un'analisi delle questioni poste dalle ordinanze di rimessione, P. BONETTI, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, pp. 11 e ss.

Le questioni sono state dichiarate infondate. Secondo la Consulta, infatti, «il controllo del giudice deve investire non solo il trattenimento, ma anche l'espulsione amministrativa nella sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento; nell'ipotesi in cui il giudice ritenga insussistenti o non congruamente motivate le ragioni per le quali l'autorità di polizia non si sia limitata ad adottare un provvedimento di espulsione con intimazione, ma abbia disposto l'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, il diniego di convalida travolge, insieme al trattenimento, anche la misura dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. [...] il fatto che la convalida si riferisca all'operato dell'autorità di pubblica sicurezza e, insieme, costituisca titolo per l'ulteriore trattenimento fino al limite dei venti giorni, non comporta alcuna violazione della riserva di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost., giacché il trattenimento convalidato è riferibile, sia per la restrizione già subita, sia per il periodo residuo entro il quale può protrarsi, ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria». Così, Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2001 n. 105, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, p. 105.

analoga per i cittadini e la dottrina è giunta a definirla un'ipotesi di detenzione amministrativa.⁽⁸³⁾ In una prospettiva di carattere generale questo istituto, insieme con altri, «rivela la volontà del legislatore del 1998 di sterilizzare il controllo giurisdizionale sull'operato dell'autorità amministrativa, privandolo di ogni *chance* di effettività: in questo senso, il rinvio alla disciplina processual-civilistica costituisce l'ultima tessera di un mosaico nel quale lo straniero da espellere è assoggettato ad un vero e proprio diritto speciale, che fa leva sulla dimensione non penalistica solo

(segue nota 83)

Sulla compatibilità tra le norme relative all'accompagnamento coattivo dello straniero da espellere e al suo trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza con il principio d'inviolabilità della libertà personale dell'art. 13 Cost., V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, pp. 67 e ss.

(83) In tal senso, A. CAPUTO, *Espulsione*, cit., pp. 424 e ss. In argomento, altresì, A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 51 e ss.; A. d'AGOSTINO – F. CORVAJA, *Centri di permanenza temporanea ed esercizio del diritto alla difesa*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 67 e ss.; L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 11 e ss.; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, pp. 63 e ss.

Sui dubbi di illegittimità costituzionale dell'istituto in questione, manifestati dalla giurisprudenza di merito, Tribunale di Milano, ordinanza 9 novembre 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, pp. 9 e ss.

Ritiene, inoltre, che sussista contrasto con l'art. 24 Cost. l'on. Pisapia, il quale, nella relazione alla proposta di legge n. 6801, presentata alla Camera dei Deputati il 23 febbraio 2000 ed intitolata 'Modifiche al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, in materia di diritti dello straniero in attesa di espulsione e di riconoscimento allo straniero dell'elettorato attivo e passivo nelle consultazioni locali' (alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk7000/relazion/6801.htm), evidenzia che, in materia di inviolabilità del diritto di difesa, «le garanzie giurisdizionali previste dall'art. 14 del citato testo unico [...] sono più apparenti che reali, dato il carattere sommario del procedimento penale e date le particolari condizioni dei soggetti interessati, che non comprendono la lingua italiana e che non dispongono nella maggior parte dei casi della benché minima informazione circa i loro diritti».

Secondo F. VASSALLO PALEOLOGO, *I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 4, pp. 26 e ss., «la totale assenza di garanzie effettive e la quasi assoluta discrezionalità delle forze di polizia nella gestione dei centri, in contrasto con basilari principi della nostra Carta costituzionale, rendono la permanenza in queste strutture più penosa e spesso più pericolosa della stessa detenzione carceraria».

per neutralizzare le garanzie sostanziali e procedurali proprie dell'ordinamento penale, fondandosi, in realtà, su misure coercitive della libertà personale che nel sistema penale rivestono carattere di assoluta eccezionalità». ⁽⁸⁴⁾

L'ingresso clandestino diventa penalmente rilevante nell'ipotesi in cui l'immigrato, già espulso, rientri nel territorio dello Stato senza la speciale autorizzazione del ministro dell'Interno, prescritta nell'art. 13, comma 13°, t.u.; in tal caso, lo straniero sarà punibile con l'arresto da sei mesi a un anno e verrà espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. Nel caso di espulsione disposta dal giudice, il trasgressore del divieto di reingresso è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La stessa pena si applica allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 13° ed espulso, sia rientrato nel territorio nazionale.

Con queste norme, in verità, non si criminalizza il comportamento di reingresso, ma si istituiscono degli illeciti con l'obiettivo di tutelare in maniera rafforzata l'autorità della pubblica amministrazione: è la violazione del sostanziale ordine di non reingresso, implicito nell'espulsione, a essere punita, non l'offesa all'ordine pubblico, che costituisce l'oggetto giuridico delle condotte di ingresso clandestino. Tali previsioni, pertanto, possono essere ritenute forme aggravate della contravvenzione disciplinata nell'art. 650 c.p., a norma del quale è punita l'inosservanza di un provvedimento, legalmente dato, dell'autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene.

Qualche perplessità destano la durata del divieto di reingresso – che non può essere, in ogni caso, inferiore a cinque anni ⁽⁸⁵⁾ – e la previsione di una speciale autorizzazione del ministro dell'Interno come condizione per il rientro, soprattutto se si confronta questa disciplina con quanto disposto in materia di respingimento. In quest'ultimo caso, infatti, lo straniero già respinto, che sia venuto in possesso dei requisiti prescritti per l'ingresso in Italia, può entrare nel nostro Paese senza bisogno

(84) A. CAPUTO, *Expulsione*, cit., p. 434.

(85) Circa alcuni dubbi manifestati dalla giurisprudenza di merito, prima della riforma del 2002, sulla legittimità costituzionale della preclusione al prefetto di ridurre il termine quinquennale di durata dell'espulsione, nonché della presunta inoppugnabilità del decreto di allontanamento al solo fine di ottenere la riduzione del periodo di divieto di reingresso, Corte costituzionale, ordinanza 23 maggio 2001 n. 165, in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, pp. 184 e ss., con cui la questione è stata dichiarata manifestamente infondata.

di attendere il trascorrere di alcun lasso di tempo dall'avvenuto respingimento e senza nulla osta di alcuna autorità. Il tutto viene spiegato con la considerazione che, nel caso di espulsione, lo straniero non solo ha eluso i controlli alla frontiera, ma ha anche soggiornato nel territorio dello Stato. Tuttavia, dato che il periodo di materiale residenza, necessario per procedere all'espulsione, può anche essere minimo e che al respingimento si può ricorrere anche quando gli stranieri siano fermati subito dopo l'ingresso nel territorio, appare eccessiva la diversità delle soluzioni sanzionatorie in casi sovente non dissimili. ⁽⁸⁶⁾

Un'ulteriore questione si pone con riferimento alla natura giuridica – penale o amministrativa – da attribuire all'espulsione comminata ai sensi dell'art. 13, comma 13°, t.u. in caso di trasgressione al divieto di reingresso. ⁽⁸⁷⁾ Si ritiene di escluderne l'inquadramento nell'ambito delle misure di sicurezza perché la norma non richiede la pericolosità sociale, che è condizione generale per l'irrogazione di una tale sanzione penale. L'obiezione, però, può essere superata facilmente se si considera che l'art. 202 c.p., in ragione del quale le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato, è norma generale che deve trovare costante applicazione, senza bisogno di espressi richiami. Né può escludersi la natura penale della previsione di cui al comma 13° per il fatto che il legislatore del 1998 ha dettato una norma ad hoc – l'art. 15 t.u. – per individuare i casi in cui è possibile applicare l'espulsione come misura di sicurezza, casi tra cui non è ricompresa l'ipotesi dell'art. 13, comma 13°. L'art. 15, infatti, trova applicazione con riferimento agli illeciti previsti negli artt. 380 e 381 c.p.p., quindi ai soli delitti; nel comma 13° si prevede una contravvenzione ed è ben possibile che il legislatore, in via eccezionale, abbia voluto estendere a questo caso di reato contravvenzionale un trattamento grave, già riconosciuto per crimini di maggiore rilevanza.

A sostegno della natura amministrativa della sanzione si porrebbe, invece, oltre alla collocazione della norma, un elemento testuale. In tale disposizione, infatti, si statuisce che lo straniero espulso rientrato nel territorio dello Stato, oltre ad essere punito, è «nuovamente» espulso: l'avverbio significhe-

(86) Sul punto, C. LONGOBARDO, *op. cit.*, pp. 225-226.

(87) In argomento, C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 229.

rebbe reiterazione di un provvedimento già preso, vale a dire l'espulsione amministrativa comminata in origine. Pertanto, nella previsione originaria del decreto 286/98, chi avesse trasgredito una seconda volta il divieto di ingresso di natura amministrativa, avrebbe risposto solamente dell'illecito di cui all'art. 13, comma 13°, t.u. Il legislatore della riforma del 2002, invece, ha punito con la reclusione l'espulso che trasgredisce il divieto di reingresso.

La funzione della sanzione, superata la logica di tipo meramente retributivo, dovrebbe tendere quantomeno a finalità preventive. Cotanto ci si dovrebbe aspettare anche dalle misure espulsive, con la peculiarità che, in questi casi, tali effetti dovrebbero esplicarsi non già nei confronti del cittadino, bensì, esclusivamente, dello straniero.

È necessario distinguere, però, l'ipotesi in cui l'espulsione costituisce rimedio all'ingresso clandestino e l'ipotesi in cui essa è corollario di una condotta criminale. Nel primo caso, l'intolleranza verso condotte contrarie alle regole sui flussi d'ingresso dovrebbe indurre gli altri potenziali autori di comportamenti analoghi a desistere. Ovviamente, l'efficacia preventiva sarà tanto maggiore quanto più certo sia il verificarsi dell'evento espulsivo. Atteggiamenti di tolleranza, anche determinati dalle difficoltà concrete di una risposta efficace al problema, non possono che incrementare il rischio della reiterazione di condotte indesiderate. Vi è comunque una difficoltà reale, costituita dalla diffusione delle informazioni sull'effettività della risposta istituzionale alla clandestinità. Presupposto perché si possa produrre un effetto di coazione indotto è infatti la rappresentazione delle conseguenze delle scelte di comportamento. Dato che il fenomeno dell'immigrazione clandestina non ha un'origine unitaria, potrebbe verificarsi un deficit d'informazione in determinate zone, che non consenta di realizzare appieno gli obiettivi auspicati.

Si tratta, però, di considerazione che vale in generale con riferimento alla funzione di orientamento culturale derivante dall'applicazione delle norme e che probabilmente è destinata a tradursi in rischio concreto soprattutto – e si spera solamente – nel breve periodo, superato il quale gli effetti di condizionamento potranno avere risonanza ulteriore rispetto alle singole realtà locali, in cui si abbia conoscenza diretta delle vicende espulsive.

Con riferimento all'espulsione come sanzione penale, invece, il rischio, nell'ottica della prevenzione, è rappresentato dal diffondersi della convinzione di un atteggiamento permissivo se

gli autori degli illeciti siano stranieri. Malgrado gli effetti concreti siano uguali a quelli derivanti dall'espulsione amministrativa, la connessione dell'espulsione con un fatto di certa rilevanza penale e il conseguente contatto con l'apparato giudiziario non possono che stimolare l'idea del disinteresse verso lo straniero, della tolleranza verso certi comportamenti, a discapito della logica dell'integrazione, a stimolo della reiterazione delle condotte (soprattutto di reingresso) perché tanto non si avverte alcun debito nei confronti di uno Stato che non vuole gli extracomunitari. In generale, può rilevarsi che l'attribuzione all'espulsione delle connotazioni della pena non tiene nel dovuto conto l'origine amministrativistica del rimedio, previsto a sanzione di comportamenti illeciti connessi alla regolarità della presenza nel territorio dello Stato. L'analogo trattamento nei confronti dello straniero criminale – solo se clandestino nel caso della sanzione sostitutiva e di quella alternativa alla detenzione – «costituisce in sostanza una rinuncia dello Stato alla effettività della sanzione penale, attuata in favore dei soli soggetti aventi *status* di clandestini, ai quali viene "abbuonata" la punizione "purché se ne vadano"». ⁽⁸⁸⁾ La maggior durata del divieto di reingresso non costituisce elemento di afflittività tale da giustificare l'uso promiscuo della misura sia per fini penali che non penali. ⁽⁸⁹⁾

5. Valutazioni conclusive sulle misure espulsive

L'istituto dell'espulsione dello straniero è, quindi, l'espressione, all'interno del sistema, di un'ineludibile tensione tra gli impulsi autarchici di politica interna e la globalizzazione come fenomeno sociale, oltre che culturale ed economico: il recupero della logica nazionalista come strumento di controllo dell'ordine pubblico. È sintomo, però, di una problematica che investe i rapporti tra l'ordinamento e le *gentes* di diversa nazionalità non solo nel momento patologico dell'allontanamento imposto, ma già nella fisiologia di una relazione nella quale i ruoli non sono stati chiaramente definiti. Diritti e doveri degli stranieri – ma già la stessa definizione del concetto di straniero aveva suscitato nel tempo ampie discussioni – costituiscono un ambito di difficile estrinsecazione, in cui si avvicinano atteggiamenti

(88) G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1035.

(89) Analogamente, G. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 1035.

contrapposti di apertura e restrizione, spesso influenzati dalle contingenze emergenziali della recrudescenza dei flussi incontrollati.

L'esigenza del mantenimento della disparità di condizione tra cittadino e straniero è stata avallata dalla stessa dottrina, che ha riconosciuto un certo margine di discrezionalità al legislatore nella scelta delle modalità di trattamento del non-cittadino, vincolata, oltre che dal rispetto generale dei diritti inviolabili dell'uomo, dal parametro della non-arbitrarietà.⁽⁹⁰⁾

Posta l'indiscutibilità della ragionevolezza della scelta di espellere, il problema concerne la compatibilità di una tale opzione con il principio di legalità e, in generale, coi valori penali costituzionalmente tutelati.

Legalità, presunzione di non colpevolezza, finalità rieducativa della sanzione costituiscono, i primi, presidi garantistici nei confronti del potere costituito, l'ultima, strumento di civiltà giuridica nei rapporti intersoggettivi. Solo quest'ultima aspirazione risulta compromessa dalla logica del disimpegno verso lo straniero, mentre le altre prerogative – che sono anche le più importanti – non subiscono alcuna attenuazione nel caso coinvolgano soggetti di nazionalità diversa da quella italiana. L'espulsione sarebbe illegittima, pertanto, solo se si riuscisse a dimostrarne l'incidenza negativa sui diritti fondamentali della persona; quindi, se si fosse in grado di affermare l'inaccettabilità di una funzione della pena diversa da quella recuperatoria: la rieducazione dovrebbe costituire, cioè, un diritto della persona, e in particolare un diritto fondamentale.

L'attualità della problematica deriva dalla constatata insufficienza del testo unico in senso tanto preventivo che repressivo e nel bisogno di un intervento tempestivo a cagione dell'annunciata crescita del fenomeno negli anni futuri, non solo per il processo di globalizzazione, ma in generale per l'andamento demografico dei prossimi anni in rapporto alla carenza di risorse nei territori d'emigrazione. L'unico antidoto efficace ad arginare il problema pare essere il miglioramento delle condizioni socio-economiche dei paesi poveri e gli sforzi della politica internazionale dovrebbero tendere a questo obiettivo. In pendenza del raggiungimento di questo risultato di lungo periodo, è apparso necessario a molte forze politiche

(90) Per una disamina della questione, E. GROSSO, *op. cit.*, pp. 162 e ss.

riformare l'apparato normativo esistente in senso più restrittivo e vincolante, per garantire anche la pacifica convivenza tra autoctoni e stranieri, che potrebbe risultare compromessa se i cittadini avvertissero come invasiva la presenza degli stranieri nel territorio dello Stato. Il decreto 286/98 è sembrato carente sia nell'esercizio del controllo degli ingressi che nella repressione dei soggiorni clandestini; così pure è parso inidoneo ad arrestare i rapporti tra criminalità italiana e internazionale e la nascita di organizzazioni criminali formate da irregolari.⁽⁹¹⁾ Il numero delle espulsioni realmente eseguite appare irrisorio rispetto al quantitativo di provvedimenti irrogati, come pochi sono i respingimenti alla frontiera in confronto agli ingressi clandestini. A ciò si accompagna un forte senso di insicurezza ed inquietudine della cittadinanza, che vede la causa della recrudescenza dei fenomeni criminali nella scarsa efficacia delle politiche di lotta all'immigrazione clandestina.⁽⁹²⁾ La criminalizzazione degli ingressi irregolari appare ad alcuni rimedio utile ai fini preventivi e repressivi, non censurabile di antidemocraticità non solo perché accolto in molti altri Paesi a tradizione fortemente democratica come il Regno Unito, la Germania, la Francia, il Canada e gli Stati Uniti d'America, ma anche perché non pare lesivo di alcun diritto fondamentale dell'uomo.⁽⁹³⁾

In molte proposte di riforma la via migliore per la disciplina del fenomeno è individuata nell'incremento delle pene, nell'obbligatorietà dei provvedimenti espulsivi in presenza di date condizioni, nell'agevolazione dei controlli sulla posizione dello straniero; ed è su questo percorso che si è inserita la recente legge Bossi-Fini.

(91) In tal senso è la relazione alla proposta di legge n. 1413, dal titolo "Modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, d'iniziativa dei deputati La Russa e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 24 luglio 2001, alla pagina web http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk1500/relazion/1413.htm.

(92) In tal senso è la relazione alla proposta di legge n. 1413, cit.

(93) In tal senso è la relazione alla proposta di legge n. 1413, cit. Secondo P. BONETTI, *Tra interessi*, cit., p. 2381, «Ben poco ragionevole apparirà comunque una generale criminalizzazione delle ipotesi di clandestinità. A parte le enormi carenze di spazi negli istituti penitenziari italiani, la probabile inattuazione dell'applicazione di tali norme penali sarebbe percepita nei Paesi di emigrazione come segno di successo di future immigrazioni illegali».

6. I rimedi penali contro l'immigrazione clandestina.

Le norme di natura penale poste a presidio del fenomeno migratorio sono contenute per lo più nell'art. 12 del testo unico, in cui vengono contemplate due ipotesi criminose: il favoreggiamento dell'ingresso clandestino nel territorio dello Stato (italiano e di altri Stati) e il favoreggiamento della permanenza dell'irregolare.⁽⁹⁴⁾

Accantonate, per ragioni di sintesi, le perplessità che riguardano l'incriminazione di condotte agevolatrici di comportamenti non penalmente illeciti,⁽⁹⁵⁾ si sono posti alcuni problemi interpretativi e di opportunità in relazione alle due ipotesi di reato.

Si rilevano minori questioni nell'analisi della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso clandestino. Con questa previsione, contenuta nel primo comma dell'art. 12, vengono punite le condotte agevolatrici della clandestinità in quanto direttamente lesive del sistema di programmazione dei flussi d'ingresso e indirettamente incidenti sulla recrudescenza del crimine: è frequente, infatti, che la condizione di irregolarità induca alla commissione di illeciti. Si tratta di un reato di mera condotta, a consumazione anticipata.⁽⁹⁶⁾

Probabilmente, però, l'obiettivo principale perseguito con la norma incriminatrice è costituito dalla lotta alle organizzazioni criminali che traggono ingenti introiti dal traffico di uomini,

(94) A norma del primo comma dell'art. 12 t.u., «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque in violazione delle disposizioni del presente testo unico compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona».

A norma del quinto comma dello stesso articolo, «Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni».

(95) Per la disamina della questione, E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto & Diritti* – Rivista giuridica elettronica, pubblicata su Internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, ottobre 2001, p. <http://www.diritto.it/articoli/penale/lanza.html>.

(96) Analogamente, Corte di cassazione, sentenza 25 ottobre 2000 n. 4586, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 32.

tanto che con la novella del 2002 è stata estesa l'incriminazione alle condotte di agevolazione dell'ingresso clandestino in Stati diversi da quello italiano. Da questo punto di vista, appare improprio il mancato inserimento, tra gli elementi del reato, della finalità di lucro e della pluralità di soggetti attivi, data la scarsa incidenza che le condotte d'ausilio individuali, determinate da ragioni anche altruistiche, possono avere sull'entità del fenomeno nella sua veste deteriore macroscopica.

Gli elementi citati, insieme con altre evenienze, costituiscono invece circostanze aggravanti del reato in esame. ⁽⁹⁷⁾

Secondo la recente giurisprudenza, «In tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per "attività dirette

(97) Analogamente, Corte di cassazione, 8 febbraio 2001 n. 5360 (ud. 4 dicembre 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, p. 205 e *Riv. pol.*, 2001, p. 534.

A norma del terzo comma dell'art. 12 t.u., «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona. La stessa pena si applica quando il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». A norma dei commi 3**bis** e ss. dell'art. 12 t.u., «Le pene di cui al comma 3 sono aumentate se: a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità; c) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante».

«Se i fatti di cui al comma 3 sono compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni e la multa di 25.000 euro per ogni persona».

«Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3**bis** e 3**ter**, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

«Per i delitti previsti dai commi precedenti le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti».

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». ⁽⁹⁸⁾ Tale esegesi si pone in antitesi con la linea interpretativa già diffusa durante la vigenza della legge Martelli, nel cui art. 3, comma 8°, veniva descritta una fattispecie del tutto analoga all'attuale; secondo tale corrente ermeneutica, il delitto di agevolazione dell'ingresso andava configurato come reato istantaneo, per cui apparivano irrilevanti comportamenti posteriori all'attività di favoreggiamento strettamente intesa, come ad esempio il trasporto di clandestini verso altri Stati. ⁽⁹⁹⁾

Nel quarto comma dell'art. 12 è poi prevista, tra l'altro, la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il favoreggiamento dell'ingresso clandestino, anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. ⁽¹⁰⁰⁾ Mentre nell'originaria formulazione della norma era esclusa la misura patrimoniale se il mezzo apparteneva a persona estranea ai fatti, tale preclusione non opera più vista l'espressa abrogazione dell'inciso, determinata dall'esigenza di evitare che fossero sottratti a confisca i mezzi solo apparentemente di proprietà di persone incolpevoli.

(98) Così, Corte di cassazione, sentenza 19 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1698-1699.

(99) E. LANZA, *op. cit.*, p. 4. Secondo la giurisprudenza precedente alla riforma del 2002, inoltre, «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 adoperi 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». Così, Corte di cassazione, sentenza 22 novembre 2000 n. 4060, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, p. 129 e in *Riv. pol.*, 2001, p. 532.

(100) A norma del quarto comma dell'art. 12 t.u., «Nei casi previsti dai commi 1 e 3, è obbligatorio l'arresto in flagranza ed è disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. Nei medesimi casi si procede comunque con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini».

Tuttavia, secondo la giurisprudenza di merito, tale norma costituisce, con riferimento all'ipotesi citata, un caso di responsabilità oggettiva, contrario al principio di personalità della responsabilità penale dell'art. 27, comma 1°, Cost. Per tale motivo è stata proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4°, t.u., come modificato con il d. lgs. 133/99, nella parte in cui «non esclude la confisca nel caso in cui il mezzo di trasporto appartenga a persona estranea al reato che possa provare di non aver potuto prevedere l'illecito impiego del mezzo e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza». ⁽¹⁰¹⁾

La Corte, però, ha respinto l'eccezione in quanto all'eliminazione dell'inciso «salvo che si tratti di mezzi appartenenti a persona estranea al reato» non consegue la confiscabilità del mezzo di proprietà di soggetto estraneo ai fatti, poiché ha sempre vigore la norma generale in materia di confisca dell'art. 240 c.p., con cui si esclude che la misura di sicurezza possa essere disposta sulle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato appartenenti a persona estranea al fatto, sempre che delle stesse non sia vietata la detenzione. ⁽¹⁰²⁾

Problemi maggiori sorgono analizzando il delitto di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato, ⁽¹⁰³⁾ poiché nel quinto comma dell'art. 12 vengono previsti degli elementi strutturali ulteriori alla mera condotta di agevolazione: il dolo specifico del fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero e l'altra condizione – alternativa – dell'agire nell'ambito delle attività punite a norma dello stesso articolo. In entrambi i casi è evidente la diversità rispetto al favoreggiamento dell'ingresso, punito a prescindere dalla particolare qualificazione dell'elemento soggettivo: basta il dolo generico.

(101) Così, Tribunale di Tolmezzo, ordinanza 26 maggio 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 4, p. 188. In senso conforme, Corte di cassazione, sentenza 29 gennaio 2001 n. 15028, in *Riv. pol.*, 2001, p. 533.

(102) Corte costituzionale, ordinanza 19 marzo 2001 n. 78, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 103 e ss. e in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, pp. 171 e ss.

In senso conforme, Corte di cassazione, sentenza 9 agosto 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 31.

(103) Sulla differenza tra il delitto di favoreggiamento della permanenza dello straniero clandestino o irregolare e il delitto di induzione a recarsi nel territorio dello Stato per esercitare la prostituzione, fondata sulla diversità del bene giuridico tutelato, Corte di cassazione, sentenza 19 luglio 2000 n. 8358 (ud. 10 maggio 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 30.

Con la previsione del dolo specifico di trarre un ingiusto profitto si sana, almeno con riferimento all'agevolazione della permanenza, l'insufficiente definizione normativa del primo comma, escludendosi, in sostanza, la rilevanza penale delle condotte di favoreggiamento della permanenza determinate da motivi diversi – anche umanitari – dal vantaggio economico. ⁽¹⁰⁴⁾

I problemi si pongono esaminando l'inciso «o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo». Sono tali le condotte di favoreggiamento dell'ingresso clandestino, sia nella versione semplice che aggravata.

Secondo la giurisprudenza, tra gli elementi circostanziali assumono autonoma rilevanza soltanto le attività qualificate dal fine di destinare lo straniero alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione e dal fine di sfruttare i minorenni in attività illecite: solo con riguardo a queste ipotesi si potrebbe avere l'agevolazione della permanenza. ⁽¹⁰⁵⁾

Va notato, tuttavia, che nell'art. 12 si reprime qualsiasi condotta di favoreggiamento dell'ingresso clandestino ed è, quindi, questo l'ambito di attività rilevante. Se ne deduce, allora, che nel quinto comma vengono punite tutte le condotte di agevolazione della permanenza aventi un antecedente nell'ingresso clandestino, mentre lo scopo di lucro è richiesto quando la condizione di irregolarità sia acquisita in una fase successiva al lecito accesso.

Sin dall'originaria formulazione dell'art. 12 t.u. ci si è chiesti se alla differente forma linguistica dei commi primo e quinto corrispondesse una diversa strutturazione dei due illeciti; nel primo comma si sanziona, infatti, chi compie attività dirette a procurare (in origine, a favorire) l'illecito ingresso, con evidente rilevanza della mera condotta criminosa; nel quinto comma, invece, si punisce chi favorisce la permanenza, come se il verificarsi di questo evento fosse necessario per la configurazione del reato. La giurisprudenza ha superato il dato letterale ritenendo che in entrambi i casi si tratti di illeciti di mera condotta poiché, da un lato, se il legislatore avesse

⁽¹⁰⁴⁾ Costituisce, ad esempio, favoreggiamento della permanenza la stipula di contratti di lavoro simulati in cambio dell'erogazione di una somma di danaro da parte dello straniero a favore del fittizio datore di lavoro. Così, Tribunale di Monza, sentenza 6-13 dicembre 1999, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, pp. 153 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, Tribunale di Gorizia, sentenza 19 giugno 1999, in *Dir. imm. citt.*, 1999, n. 3, pp. 185-186.

voluta elevare a requisito della fattispecie il verificarsi della permanenza, avrebbe ragionevolmente utilizzato l'espressione "determina la permanenza"; dall'altro, il permanere nel territorio dello Stato è comportamento totalmente ascrivibile allo straniero e, ipoteticamente, anche indipendente dalla condotta di agevolazione potendo preesistere a quest'ultima. Con la fattispecie, invero, si vuole sanzionare ogni attività astrattamente idonea a eludere o violare le norme del testo unico, specificata tramite il riferimento al concetto di permanenza. ⁽¹⁰⁶⁾

Nel secondo comma dell'art. 12 è prevista una causa di giustificazione ulteriore rispetto a quelle comuni del codice Rocco, finalizzata all'esclusione della rilevanza penale di ogni attività di soccorso e assistenza umanitaria prestata in Italia nei confronti di stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato, quindi anche clandestini. ⁽¹⁰⁷⁾

Probabilmente, l'omissione della norma non avrebbe frustrato le esigenze che ad essa sono sottese, vista la generale operatività dell'art. 54 c.p.; ⁽¹⁰⁸⁾ tuttavia, il legislatore ha voluto includere l'esimente allo scopo di sedare ogni perplessità anche nei casi più dubbi di applicazione dello stato di necessità. Da questo punto di vista, allora, potrebbe apparire impropria la collocazione della norma al secondo comma dell'art. 12, poiché così la si rende applicabile al solo favoreggiamento dell'ingresso clandestino e non anche all'agevolazione della permanenza, disciplinata nel quinto comma dello stesso articolo. Tuttavia, poiché il favoreggiamento della permanenza risulta integrato

(106) Così, Tribunale di Monza, sentenza 6-13 dicembre 1999, cit., pp. 156-157.

(107) A norma del secondo comma dell'art. 12 t.u., «Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato».

Per l'ampliamento dei poteri della polizia di frontiera, Corte di cassazione, sentenza 26 marzo 1998 n. 858, in *Riv. giur. pol.*, 2000, n. 2, pp. 202 e ss.

(108) La giurisprudenza di merito, contrariamente all'orientamento costante della Cassazione secondo cui si esclude lo stato di necessità nella condotta di chi agisca spinto da esigenze alimentari per la presenza di una moderna organizzazione sociale il cui compito è di provvedere a tali bisogni, ha escluso l'antigiuridicità, ai sensi dell'art. 54 c.p., nel fatto dell'extracomunitario che abbia venduto cd contraffatti per procurarsi il cibo: il numero di extracomunitari presenti nel territorio, infatti, impedisce alle organizzazioni sociali di provvedere ai loro bisogni primari. Così, Tribunale di Roma, sentenza 15 febbraio 2001, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 129 e ss., con nota di G. CARROCCIO, *Minimo il danno sociale provocato da chi, per bisogno, vende cd contraffatti*, pp. 133 e ss.

solo se v'è finalità di ingiusto profitto o se ci ritrova nell'ambito delle attività punite a norma dell'art. 12 t.u., le obiezioni possono essere superate. Il dolo specifico indicato, infatti, è in sé antitetico rispetto ai fini umanitari di cui al secondo comma. Per quanto concerne l'altro aspetto, va rilevato che il riferimento all'ambito delle attività "punite" presuppone l'esistenza di tutti gli elementi strutturali del reato, compresa l'antigiuridicità: l'intervento di assistenza esclude, pertanto, la punibilità delle attività nel cui ambito deve svolgersi l'agevolazione della permanenza e, quindi, la presenza di uno degli elementi fondamentali per aversi il reato.

A completamento della disciplina generale e con l'intento di non punire la clandestinità, ma i comportamenti che ad essa fanno da contorno, ⁽¹⁰⁹⁾ il legislatore ha sanzionato, agli artt. 22, comma 12°, e 24, comma 6°, il comportamento del datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze, anche a livello stagionale, extracomunitari privi del permesso di soggiorno o il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato. Si tratta di un illecito contravvenzionale, come tale punibile anche a titolo di colpa: basterà che il datore di lavoro non adotti la massima diligenza nell'accertamento della situazione dello straniero perché gli possa essere mosso il rimprovero. ⁽¹¹⁰⁾ I maggiori problemi ermeneutici si pongono con riferimento alla distinzione tra questo reato contravvenzionale e l'agevolazione della permanenza, poiché frequentemente commetterà tale delitto il datore di lavoro che sfrutta lavoratori clandestini. Secondo la giurisprudenza, l'impiego di manodopera clandestina potrà integrare gli estremi del delitto di favoreggiamento della permanenza soltanto in presenza di un ingiusto profitto «che non è di per sé configurabile nell'ambito del normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera», occorrendo, invero, «un *quid pluris* tale da connotarlo secondo la previsione incriminatrice (ad esempio, l'impiego in attività illecite o l'imposizione di condizioni gravose e discriminatorie di orario e di retribuzione)». ⁽¹¹¹⁾

(109) A. CALLAIOLI – M. CERASE, *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *La legislazione penale*, 1999, p. 270.

(110) A. CALLAIOLI – M. CERASE, *op. cit.*, p. 271.

(111) Così, Corte di cassazione, sentenza 28 giugno 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1007.

BIBLIOGRAFIA

- AMODIO N., (1987), *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3320 e ss;
- ANGIOLINI V., (2001), *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 67 e ss.;
- ANTOLISEI F., (1997), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano;
- BANDINI T. – GATTI U. – MARUGO M. I. – VERDE A., (1992), *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano;
- BONETTI P., (2000), *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 11 e ss.
- BONETTI P., (1994), *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2373 e ss.
- CALLAIOLI A. – CERASE M., (1999), *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *La legislazione penale*, 1999, pp. 261 e ss.;
- CAPUTO A., (2000), *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 51 e ss.;
- CAPUTO A., (1999), *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Questione giustizia*, n. 3, pp. 424 e ss.;
- CARROCCIO G., (2001), *Minimo il danno sociale provocato da chi, per bisogno, vende cd contraffatti*, in *Gli stranieri*, n. 2, pp. 133 e ss.;
- CASADONTE A., (2000), *Del reato di omessa esibizione di documento identificativo ovvero alla ricerca della perduta nomofilachia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 86 e ss.;
- CASADONTE A., (1999), *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 85 e ss.;
- CASELLI G. C., (2000), *Stranieri e carcere*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 11 e ss.;
- CASTELLARO M., (1998), *La disciplina delle espulsioni amministrative e della connessa tutela giurisdizionale nella recente legge contenente nuove norme sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero*, in *Rivista di polizia*, 1998, pp. 345 e ss.;
- D'AGOSTINO A. – CORVAJA F., (2000), *Centri di permanenza temporanea ed esercizio del diritto alla difesa*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 67 e ss.
- DE VINCENTIIS D., (1998), *La nuova disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*;
- D'ORAZIO G., (1993), voce *Straniero (condizione giuridica dello)*. I) *Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX;
- DUBOLINO P., (1998), *La lotta all'immigrazione clandestina nella nuova disciplina normativa*, in *Rivista di polizia*, pp. 265 e ss.;

FERRARIS V., (2000), *Sequestro preventivo penale di immobile destinato alla permanenza di prostitute senza titolo di soggiorno*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 63 e ss;

FIANDACA G. – MUSCO E., (2001), *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna;

FRANCESCHETTA A. I., (2001), *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, n. 4, pp. 263 e ss.,

FUSIELLO I., (1999), *I destinatari dell'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione. Brevi note in materia di art. 6, co. 3, d. lgs. 286/98*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 76 e ss.;

GIAMMARINARO M. G., (2000), *Prime valutazioni sull'attuazione delle norme sul traffico di persone*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 53 e ss.

GIAMMARINARO M. G., (1999), *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 34 e ss.;

GIASANT A. I., (1998), *A proposito di immigrati clandestini*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, pp. 244-245;

GIORDANO B., (1993), *D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 – Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *La legislazione penale*, pp. 677 e ss.;

GROSSO E., (1999), voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, IV ed., UTET, pp. 156 e ss.;

GUIDO A., (1996), *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, pp. 608 e ss.;

KUNZ K. L., (1999), *La discriminazione razziale e la problematicità della sua considerazione penale*, traduzione a cura di J. Rietmann-Contu e L. Petroni, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 3, pp. 185 e ss.;

LANZA E., (2001), *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto & Diritti – Rivista giuridica elettronica*, pubblicata su Internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, ottobre 2001, p. <http://www.diritto.it/articoli/penale/lanza.html>;

LONGOBARDO C., (1999), *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 3, pp. 211 e ss.;

LOCATELLI G., (1999), *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, n. 8, pp. 1035-1036;

LUPO E., (1993), *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 66 e ss.

MASSENZ M., (2000), *Il patrocinio a spese dello Stato per gli stranieri espulsi nella disciplina del Testo unico d. lgs. 286/98*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 93 e ss.;

MUSACCHIO V., (2000), *Manuale pratico di legislazione sugli immigrati. Giurisprudenza – Legislazione – Modulistica – Circolari Ministeriali*, CEDAM, Padova;

NAPOLITANO S., (2000), *Il nuovo Regolamento penitenziario d.p.r. 230/2000. L'applicazione dei benefici allo straniero. Analisi in Emilia Romagna*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 57 e ss.,

NIGRA M., (1999), *Contro ingressi e soggiorni irregolari l'arma delle sanzioni amministrative*, in *Guida al diritto*, 18 dicembre, n. 49, pp. 86-87;

PEDONE V., (2000), *Sul reato dello straniero clandestino che non documenta la sua identità a richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza*, in *Rivista di polizia*, pp. 483 e ss.;

PEPINO L., (2000), *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 11 e ss.;

PEPINO L., (1999), *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*, pp. 1 e ss.;

SAVIO G., (2000), *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 63 e ss.;

SPADARO Antonino, (1998), *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione». Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali*, in *Politica del diritto*, n. 3, p. 442;

VASSALLO PALEOLOGO F., (1999), *I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 26 e ss.;

ZINCONE G., (2000), *Cittadinanza e processi migratori: tesi sulle trasformazioni e i conflitti*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, pp. 44 e ss.;

ZORZELLA N., (2000), *Il diritto di difesa degli stranieri e la Corte costituzionale: spunti di analisi sulla sentenza n. 161/2000*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 51 e ss.

GIURISPRUDENZA:

Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2001 n. 105, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 105 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 1994 n. 283, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2495 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, pp. 1469 e ss. e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 52 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 1963 n. 120, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, pp. 1577 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 23 maggio 2001 n. 165, in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, pp. 184 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 19 marzo 2001 n. 78, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 103 e ss. e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 2, pp. 171 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 7 marzo 2001 n. 68, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 102-103 e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 2, pp. 169 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999 n. 369, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 10 dicembre 1987 n. 503, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, pp. 3317 e ss.

Corte di cassazione, 8 febbraio 2001 n. 5360 (ud. 4 dicembre 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 3, p. 205 e in *Rivista di polizia*, 2001, p. 534.

Corte di cassazione, sentenza 29 gennaio 2001 n. 15028, in *Rivista di polizia*, 2001, p. 533.

Corte di cassazione, sentenza 22 novembre 2000 n. 4060, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, p. 129 e in *Rivista di polizia*, 2001, p. 532.

Corte di cassazione, sentenza 15 novembre 2000 n. 5187, in *Gli stranieri*, 2001, n.1, p. 33 e in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 128-129.

Corte di cassazione, sentenza 25 ottobre 2000 n. 4586, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 32.

Corte di cassazione, sentenza 9 agosto 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 31.

Corte di cassazione, sentenza 19 luglio 2000 n. 8358 (ud. 10 maggio 2000), in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, p. 30.

Corte di cassazione, sentenza 28 giugno 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1006-1007.

Corte di cassazione, sentenza 19 maggio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 1698-1699.

Corte di cassazione, sentenza 11 novembre – 6 dicembre 1999 n. 14008, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 170 e ss.

Corte di cassazione, sentenza 4-29 novembre 1999 n. 13562, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 166 e ss. e in *Rivista di polizia*, 2000, pp. 479 e ss.

Corte di cassazione, sentenza 27 maggio – 12 luglio 1999 n. 1990, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 4, pp. 170-171.

Corte di cassazione, sentenza 16 aprile 1999 n. 6673, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 159-160.

Corte di cassazione, sentenza 26 marzo 1998 n. 858, in *Rivista giuridica di polizia*, 2000, n. 2, pp. 202 e ss.

Corte di cassazione, sentenza 13 aprile 1989, in *Cassazione penale*, 1990, pp. 1503 e ss.

Tribunale di Aosta, sentenza 23 giugno 1999 n. 534, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 190-191.

Tribunale di Bergamo, ordinanza 10 agosto 1993, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1ª serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 16 e ss.

Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 luglio 1993, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1ª serie speciale, 27 ottobre 1993, n. 44, pp. 46 e ss.

Tribunale di Bologna, ordinanza 10 aprile 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 2, pp. 167 e ss.

Tribunale di Gorizia, sentenza 19 giugno 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 185-186.

Tribunale di Milano, ordinanza 9 novembre 2000, in *Gli stranieri*, 2001, n. 1, pp. 9 e ss.

Tribunale di Monza, sentenza 6-13 dicembre 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 2, pp. 153 e ss.

Tribunale di Palermo, decreto 27 dicembre 2000 – 3 gennaio 2001, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 1, pp. 132-133.

Tribunale di Roma, sentenza 15 febbraio 2001, in *Gli stranieri*, 2001, n. 2, pp. 129 e ss.

Tribunale di Roma, ordinanza 15 ottobre 1993, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1^a serie speciale, 9 dicembre 1993, n. 50, pp. 64 e ss.

Tribunale di Tolmezzo, ordinanza 26 maggio 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 4, pp. 186 e ss.

Tribunale di Torino, ordinanza 28 dicembre 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 1, pp. 133-134.

Tribunale di Venezia, ordinanza 2 giugno 2000 n. 550, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 4, pp. 188 e ss.

Tribunale di sorveglianza di Bologna, ordinanza 11-24 aprile 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 3, pp. 162-163.

Tribunale per i minorenni del Friuli Venezia Giulia, sentenza 15 dicembre 2000, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2001, n. 1, pp. 169-170.

Pretura di Pinerolo, sentenza 29 maggio 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 2, pp. 217 e ss.

Pretura di Torino, sentenza 25 ottobre – 6 novembre 1999 n. 5613, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, pp. 161 e ss. e in Guida al diritto, 18 dicembre 1999, n. 49, pp. 82 e ss.

RIASSUNTO

Nella regolamentazione del fenomeno migratorio, soprattutto dal punto di vista penalistico, è evidente il contrasto fra le esigenze interne di ordine pubblico e la tendenza attuale alla globalizzazione, propria di tutti i settori della realtà. Ci si è chiesto, nello specifico, se fosse opportuno criminalizzare la condizione di clandestinità e, in generale, se si stesse creando una sorta di diritto penale speciale per gli stranieri.

Con il presente lavoro si vuole fornire un quadro relativo al rapporto fra sistema penale e straniero. Pertanto la disamina riguarda, innanzitutto, la compatibilità della condizione di straniero col principio di colpevolezza, perché questione generale; quindi l'analisi delle norme penali che hanno come referente unico lo straniero (in particolare, gli istituti dell'espulsione come sanzione sostitutiva o alternativa della detenzione di breve durata e dell'espulsione come misura di sicurezza); infine la disciplina dell'espulsione amministrativa per la contiguità dell'istituto con le problematiche penalistiche. Nell'ultimo paragrafo sono individuati alcuni rimedi penali contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

SUMMARY

In the regulations of immigration the contrast between domestic needs of law and order, on the one hand, and the actual tendency towards globalisation, on the other, is particularly evident, especially from a penological point of view. There are two main questions,

regarding the opportunity of punishing clandestineness and the creation of a special penal law for foreigners.

In this work I examine the relationship between penal system and foreigner condition. First of all, I have analysed the compatibility of foreigner condition to principle of liability; then, penal rules concerning exclusively foreigners (in particular, regulations about expulsion as sanction substitutive of short detention, expulsion as measure alternative to short detention, expulsion as safety measure); to conclude, administrative expulsion and some penal rules against the aiding and abetting of clandestineness.

RÉSUMÉ

Dans la régulation juridique de l'immigration, en particulier du point de vue du criminaliste, il est évident le contraste entre les besoins intérieurs d'ordre public et la tendance à la globalisation. Il y a deux problèmes principaux: décider si punir la condition de clandestinité et créer un droit pénal spécial pour les étrangers.

Cet écrit analyse le rapport entre le système pénal et la condition d'étranger. L'étude concerne: 1) la compatibilité de la condition d'étranger avec le principe de responsabilité pénale; 2) les dispositions de la loi qui peuvent être appliquées aux étrangers seulement (spécialement les règles relatives à l'expulsion comme sanction substitutive de la détention brève, à l'expulsion comme mesure alternative de la détention brève et à l'expulsion comme mesure de sécurité); 3) les dispositions de la loi relatives à l'expulsion administrative et 4) les délits de facilité de l'immigration clandestine.