

## I problemi costituzionali, etici e politici del reato di ingresso e soggiorno clandestino



## Il diritto penale del nemico

di Giovanni Palombarini

Negli ultimi vent'anni, a fronte dell'espandersi dell'immigrazione extracomunitaria in Italia, l'idea di introdurre nell'ordinamento una nuova fattispecie penale di incriminazione dell'ingresso e del soggiorno irregolari si è periodicamente riproposta, fino a ieri senza troppa convinzione e senza troppa fortuna. Per la verità, nel 1993, con il cosiddetto "decreto Conso", si era prevista una sanzione penale per la sottrazione volontaria ai controlli di frontiera, ma la disposizione venne abbandonata dal governo del tempo ancora prima della conversione del decreto nella legge n. 296/1993. Da allora fino al 2009 l'ingresso e la permanenza irregolare dello straniero sono stati considerati illeciti amministrativi, ai quali erano collegate conseguenti procedure di espulsione.

Peraltro, nel corso di questo decennio il ricorso allo strumento penale, in funzione di esigenze di rassicurazione e contemporaneamente di maggiore efficacia della repressione di questa categoria di emarginati, non è mancato. Così, nel 2004 la già esistente contravvenzione di inottemperanza all'ordine di espulsione emesso dal questore era stata trasformata in un delitto punito con la reclusione da uno a quattro anni, con arresto obbligatorio e giudizio direttissimo. Classico esempio di una giustizia penale rapidissima nel quadro desolante di una generale inefficienza.

La nuova maggioranza di governo scaturita dalle elezioni politiche del maggio 2008, nell'ambito di un più ampio "pacchetto sicurezza", con la legge n. 94 del 15 luglio 2009 (disposizioni in materia di pubblica sicurezza), oltre ad accentuare alcuni aspetti restrittivi della normativa precedente, ad esempio portando da sessanta a centottanta giorni la possibile durata della detenzione amministrativa nei Cie (centri di identificazione ed espulsione), ha introdotto il nuovo reato, che qualche studioso ha collocato nella categoria, pensata in questo inizio di secolo, del "diritto penale del nemico".

Così, fra le modifiche apportate al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998, noto come "legge Turco-Napolitano", vi è quella che, con l'inserimento in quel testo di un articolo 10 bis, prevede il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato. "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro".

Per rendere più severa la nuova previsione si è specificato, nella stessa norma, che "al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale", vale a dire quello che prevede la possibilità, per il contravventore, di pagare prima dell'apertura del dibattimento o del decreto di condanna una somma pari al terzo del massimo della pena, con conseguente estinzione del reato. Pertanto, quasi a voler ribadire, anche con questa limitazione, che ormai esiste nel nostro paese un diritto penale speciale per gli stranieri extracomunitari, per costoro si esclude la possibilità di ricorrere all'oblazione, generalmente prevista. La violazione del principio di eguaglianza, ma anche di quello di ragionevolezza, ha una spiegazione ben precisa: la conseguenza del reato che non si può estinguere è l'applicazione dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva. Con una paradossale novità: che diversamente da quanto è previsto per la generalità di tal genere di sanzioni, per lo straniero sarà possibile sostituire alla pena patrimoniale una ben più grave misura, direttamente incidente sulla libertà personale.

Dunque, la previsione della sanzione sostitutiva dell'espulsione ex articolo 16, comma 1, testo unico, per i reati di ingresso e soggiorno illegale appare in stridente contrasto sia con il carattere normale delle sanzioni sostitutive, sia con i connotati fondamentali delle attribuzioni penali del giudice di pace, che in genere emette sanzioni "miti", come quelle della detenzione domiciliare o del lavoro di pubblica utilità, accanto alla tradizionale pena pecuniaria.

Le anomalie non finiscono qui. La nuova norma prevede tra l'altro una deroga alla generale disciplina del nulla osta del giudice all'espulsione e a quella della sentenza di non luogo a procedere per avvenuto allontanamento. Infatti il comma 4 del nuovo articolo 10 bis stabilisce che, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato per i reati di ingresso e soggiorno illegale, non è richiesto il nulla osta dell'autorità giudiziaria com-

petente all'accertamento del reato. In tale ipotesi, il questore si limita a comunicare alla stessa autorità giudiziaria l'avvenuta esecuzione dell'espulsione, e il giudice, acquisita la notizia, dovrà pronunciare una sentenza di non luogo a procedere.

Le anomalie non finiscono qui. La nuova norma prevede tra l'altro una deroga alla generale disciplina del nulla osta del giudice all'espulsione e a quella della sentenza di non luogo a procedere per avvenuto allontanamento. Infatti il comma 4 del nuovo articolo 10 bis stabilisce che, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato per i reati di ingresso e soggiorno illegale, non è richiesto il nulla osta dell'autorità giudiziaria com-

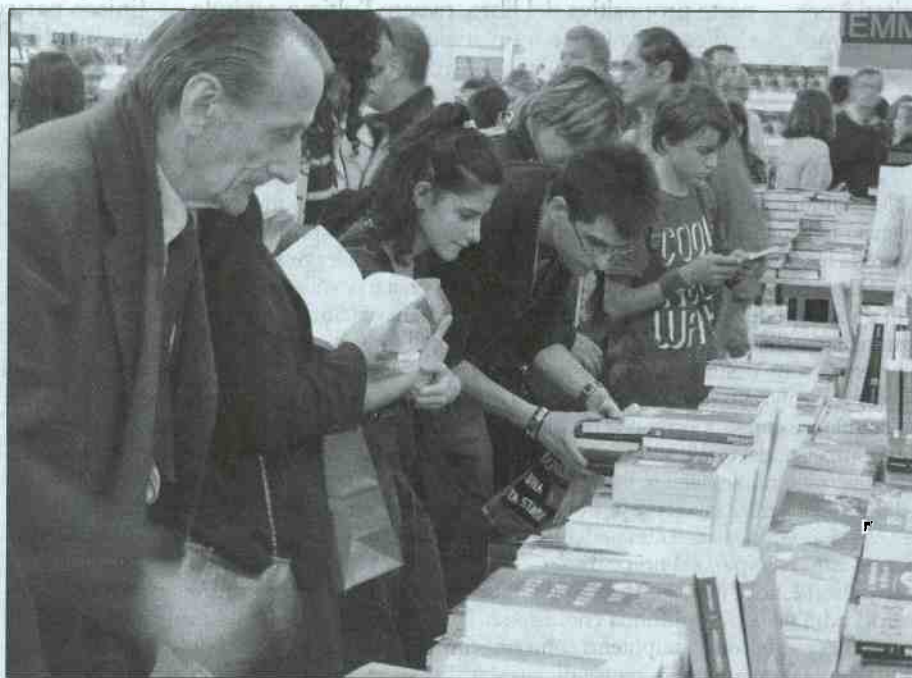
petente all'accertamento del reato. In tale ipotesi, il questore si limita a comunicare alla stessa autorità giudiziaria l'avvenuta esecuzione dell'espulsione, e il giudice, acquisita la notizia, dovrà pronunciare una sentenza di non luogo a procedere.

gono, l'autore si sofferma poi sui profili di incostituzionalità, svolgendo significative considerazioni politico-criminali, e osservando in particolare come la scelta del legislatore sia quella di asservire il diritto penale, nei confronti degli stranieri, alle funzioni di polizia preordinate alla gestione dell'immigrazione irregolare.

Vanno segnalati anche due saggi pubblicati in volumi collettanei. Nel primo di questi, *Sistema penale e "sicurezza pubblica". Le riforme del 2009*, curato da Stefano Corbetta, Angela Della Bella e Gian Luigi Gatta (pp. 576, € 39, Ipsoa, Milano 2009), è contenuto il saggio di Angelo Caputo, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*. L'autore premette come l'ingresso nel territorio dello stato sia consentito solo attraverso i valichi di frontiera (salvo i casi di forza maggiore) allo straniero in possesso di valido passaporto o di un documento equipollente che sia munito di un visto d'ingresso (salvo i casi di esenzione). Affronta poi tutti i problemi che la nuova norma propone, da quelli più strettamente tecnico-giuridici (la natura istantanea o permanente dei due reati, le condotte, l'elemento psicologico) alla compatibilità con protocolli e convenzioni internazionali e con principi fondamentali della Costituzione. Caputo rileva come il raffronto della nuova contravvenzione con i già esistenti reati di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore riveli gravi incongruenze. Queste figure di reato (ex articolo 14, comma 5 ter, testo unico) sono infatti caratterizzate dalla previsione di un termine di cinque giorni entro il quale lo straniero deve ottemperare all'ordine e dall'elemento costitutivo negativo descritto dalla norma attraverso la clausola dell'assenza di un "giustificato motivo" dell'inosservanza. Né il termine, né la previsione di un giustificato motivo sono previsti dall'articolo 10 bis del testo unico. Di particolare interesse sono le considerazioni che l'autore svolge a proposito della condizione dello straniero che, regolarmente residente, a un certo punto perda il lavoro. Qui la contravvenzione di soggiorno illegale imporrà un accertamento puntuale dell'*an* e del *quando* sia maturata la condizione di illegalità, affinché la perdita del lavoro non si traduca automaticamente non solo in una condizione di irregolarità, ma anche di illegalità generalmente rilevante.

Nel secondo volume, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di Oliviero Mazza e Francesco Viganò (pp. XXIV-622, € 56, Giappichelli, Torino 2009), Luca Masera, nel saggio *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, evidenzia come nell'ambito delle ultime numerose modifiche normative il diritto penale giochi un ruolo tutto sommato marginale, anche se di rilevante significato simbolico. Da un lato, infatti, ben difficilmente il migrante sarà in grado di pagare la multa inflittagli, dall'altro l'espulsione applicabile come misura sostitutiva sarebbe stata comunque da realizzare in mancanza di un valido titolo di soggiorno. In particolare, l'autore spiega in modo ineccepibile come sia del tutto infondato un argomento dei sostenitori del nuovo reato, quello secondo cui questo avrebbe un forte effetto deterrente nei confronti dei futuri migranti. Nella realtà, infatti, lo straniero che entra illegalmente in Italia, con la speranza di rimanervi, non fa nessuna distinzione tra un'espulsione determinata da un provvedimento amministrativo e un'espulsione conseguenza di una contravvenzione penale.

giovanni.palombarini@libero.it



petente all'accertamento del reato. In tale ipotesi, il questore si limita a comunicare alla stessa autorità giudiziaria l'avvenuta esecuzione dell'espulsione, e il giudice, acquisita la notizia, dovrà pronunciare una sentenza di non luogo a procedere.

L'iniziale disegno di legge governativo, che prevedeva come delitto il solo ingresso illegale, ha subito nella versione definitiva una duplice correzione: da un lato la norma incriminatrice ha ricompreso nella sua previsione anche il soggiorno, dall'altro i reati sono stati definiti come contravvenzioni punite con l'ammenda. La nuova normativa, che si applica ai cittadini di stati non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi, pone ovviamente problemi innumerevoli, di natura etica, politica, giuridica e di legittimità costituzionale.

Si tratta di problemi con i quali hanno cominciato a misurarsi studiosi di vario tipo, oltre che i giudici. In proposito va citata una rivista che ormai da più di dieci anni tratta le tematiche dell'immigrazione, "Diritto, immigrazione, cittadinanza". Il fascicolo monografico (2009, n. 4) dedicato alla legge n. 94 del 2009, ultimo tassello del "pacchetto sicurezza", contiene vari saggi dedicati al nuovo reato. Fra questi va citato in particolare quello di Carlo Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*. L'autore, come la generalità dei commentatori, rileva preliminarmente come le due fattispecie penali si sovrappongano perfettamente alle ipotesi di inosservanza delle norme che consentono l'adozione del provvedimento di espulsione amministrativa. Se non è agevole comprendere sotto il profilo tecnico lo scopo della penalizzazione di illeciti amministrativi che vengono integralmente conservati, i dividendi politici prodotti dall'effetto simbolico della penalizzazione sono facilmente percepibili. A partire dall'esame della struttura delle due fattispecie e dai problemi processuali che le stesse pon-