

Sommario

1. Le fonti. – 1.1. La Costituzione. – 1.2. Le fonti internazionali. – 2. L'evoluzione della legislazione. – 2.1. Dal t.u.l.p.s. ai *decreti Dini*. – 2.2. Dal testo unico del 1998 alla riforma del 2011. – 3. Espulsione, respingimento e misure esecutive. – 4. Disciplina amministrativa dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero e reati in materia di immigrazione. – 5. Un diritto penale *speciale* dell'immigrazione. – *Bibliografia*.

1. Le fonti.

L'analisi dei reati in materia di immigrazione previsti dal **d.lgs. 25.7.1998, n. 286 e succ. modif.** (d'ora in poi, **t.u.**) deve essere collocata nel quadro della **disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero**, una disciplina alla quale è necessario far riferimento non solo per l'opportunità di disporre di un quadro normativo generale, ma anche per l'esame di specifiche questioni penalistiche e, in particolare, sia per l'individuazione del bene giuridico delle diverse fattispecie incriminatrici, sia per lo studio, in relazione a molte di esse, dei profili normativi dell'elemento oggettivo. Di tale disciplina, nell'economia della presente trattazione, non potrà che essere offerta, attraverso la ricostruzione a grandi linee dell'evoluzione della legislazione, una descrizione generale, una descrizione preceduta da brevi cenni sullo statuto costituzionale dello straniero e sulle fonti internazionali che rivestono una particolare rilevanza nella materia (il Protocollo O.N.U. sul traffico dei migranti e la direttiva rimpatri dell'Unione europea).

D'altra parte, il quadro, pur estremamente schematico, della disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero contribuirà a mettere in luce la fisionomia di quel **sottosistema penal-amministrativo dell'immigrazione irregolare** che la convulsa produzione legislativa di questi anni ha delineato, rivelando, allo stesso tempo, il volto complessivo del diritto penale dell'immigrazione e la sua valenza paradigmatica di tendenze più generali del sistema penale.

1.1. La Costituzione. – Prendendo le mosse dallo **statuto costituzionale dello straniero**, l'orientamento prevalente in dottrina afferma che «dall'**inerenza dei diritti inviolabili in capo alla persona**, in quanto tale, discende (...) il riconoscimento di essi anche nei confronti degli stranieri, a meno che disposizioni dello stesso testo costituzionale non ne limitino espressamente il godimento solo ai cittadini; discende altresì l'obbligo, per lo Stato italiano, in base al disposto dell'art. 10, di dare esecuzione a quelle convenzioni di diritto internazionale che ne favoriscano la tutela» [BARBERA, 116; nello stesso senso, CARETTI, 95 e CORSI, 106]. Muovendosi in questa prospettiva, i diversi ordini di fonti normative cui è subordinata la riserva di legge rinforzata *ex art. 10 comma 2 Cost.* in tema di condizione giuridica dello straniero sono stati delineati in questi termini: in primo luogo, «le disposizioni costituzionali che riconoscono determinate situazioni soggettive anche allo straniero in modo espresso o implicito (...) o per potenziale tendenza generale (...) o disposizioni che, viceversa, danno fondamento a legittima esclusione o non estensione di altre situazioni spettanti, o da riconoscere, al solo cittadino»; in secondo luogo, «nella parte in cui abbiano ad oggetto, sia pure indirettamente, questa specifica materia, le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, comma 1), alle quali si conforma l'ordinamento italiano, ad esse automaticamente adeguandosi»; in terzo luogo, «le norme e i trattati internazionali ai quali, siccome a fonte interposta, il legislatore è costituzionalmente vincolato a conformarsi nel contenuto, a pena di illegittimità delle statuizioni da esso adottate» [(b) D'ORAZIO, 1]. Opera in quest'ultima direzione la **riserva di cui all'art. 10 comma 2 Cost.**, chiamata a garantire che «il nostro ordinamento non contenga disposizioni normative concretantisi in inadempimenti delle norme internazionali sullo straniero vincolanti l'Italia; esso non mira invece ad impedire che nel nostro ordinamento vengano emanate leggi che accordano allo straniero un trattamento più favorevole di quello prescritto dal diritto internazionale» [CASSESE, 518].

L'indirizzo dottrinale minoritario muove dalla netta affermazione secondo cui la Costituzione è un «fatto politico» che vale, in linea di principio, per i soli cittadini, affermazione dalla quale discende un duplice ordine di conseguenze: per un verso, il riconoscimento che la cittadinanza può assumere «un ruolo diversificante nella disciplina delle situazioni giuridiche soggettive», riguardando il principio d'eguaglianza i soli cittadini; per altro verso, la centralità attribuita, nella definizione dello statuto costituzionale dello straniero, alla riserva rinforzata di cui all'art. 10 comma 2 Cost.: «la “condizione giuridica” (e cioè la capacità) dello straniero è, per espressa disposizione costituzionale, rimessa alla disciplina della legge ordinaria, “in conformità delle norme e dei trattati internazionali” (art. 10, comma 2)» [PACE, 156; nella stessa prospettiva, GIANFRANCESCO, 2722].

Sulla base di una lettura coordinata delle norme di cui agli artt. 2, 3 e 10 Cost., il giudice delle leggi è attestato sulla tesi per la quale se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che **il principio d'eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali** [sent. n. 120/1967; più di recente, la sent. n. 245/2011 ha ribadito il consolidato orientamento della Corte, in forza del quale i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.

spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché, con riguardo alla tutela di tali diritti, la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi; sul punto, comunque, la giurisprudenza costituzionale è consolidata: cfr. LUCIANI, 214, nonché CERRONI, 441]; in questa prospettiva, il catalogo dei diritti fondamentali la cui titolarità è riconosciuta anche agli stranieri spazia dal diritto alla libertà personale alla presunzione di non colpevolezza, dalla libertà di manifestazione del pensiero alla libertà di associazione, dal diritto alla segretezza della corrispondenza alla libertà di religione, dal diritto alla salute ai diritti della famiglia, dal diritto di difesa al diritto alla tutela giurisdizionale [cfr. (a), D'ORAZIO, 240 ss.].

Pur mantenendo ferma questa impostazione, la giurisprudenza costituzionale, tuttavia, fa leva su una distinzione tra la titolarità dei diritti fondamentali della persona, rispetto alla quale il principio di eguaglianza trova piena applicazione nei confronti dello straniero, e il godimento di tali diritti, rispetto al quale il legislatore conserva un margine di possibile trattamento differenziato tra cittadino e straniero [cfr. (b) D'ORAZIO; CORSI, 78; E. GROSSO, 166]. Il giudice delle leggi, infatti, ha ritenuto costituzionalmente legittime normative differenziate tra cittadini e stranieri anche in tema di diritti fondamentali, a condizione che la disparità di trattamento sia *ragionevole* in relazione alle diverse posizioni effettivamente rivestite dagli uni e dagli altri; queste diverse posizioni – che giustificano discipline differenziate anche in materia di diritti fondamentali – possono scaturire, secondo la Corte, non solo da diverse *situazioni di fatto*, ma anche da diverse *valutazioni giuridiche* operate dall'ordinamento [è il caso ad esempio della sent. n. 104/1969]. Il percorso argomentativo ora sintetizzato si espone al rischio della *circolarità*: le discipline giuridiche che differenziano la posizione giuridica dello straniero e del cittadino (le *valutazioni giuridiche* di cui parla la Corte) determinano la legittimità costituzionale delle discipline giuridiche differenziate in tema di diritti fondamentali [cfr. SICARDI, 319].

In realtà, per un verso, come è stato autorevolmente osservato, «la Corte riconosce implicitamente che le valutazioni normative non sono quelle che lo Stato – comunque – ritenga di fare con assoluta discrezionalità. Si tratta, invece, di valutazioni che da un lato debbono comunque essere connesse alle effettive differenze di fatto, e che dall'altro sono rilevabili in ogni ordinamento (...). La logica conclusione, insomma, è che il legislatore, nel campo dei diritti fondamentali, può trattare diversamente cittadini e stranieri solo quando ciò sia ragionevolmente consentito dalla fattuale diversità delle due situazioni, ovvero dalla *normale* valutazione che se ne dà nel nostro e negli altri ordinamenti (democratici)» [LUCIANI, 219].

Per altro verso, va sottolineato come questa distinzione tra titolarità e godimento – criticata anche di recente in dottrina [PUGIOTTO, 47 segnala che «le “differenze di fatto” tra cittadino e non cittadino capaci di giustificare il diseguale godimento dei diritti comuni ad entrambi non possono essere precostituite dalla legge, se non si vuole cadere in un gioco di specchi deformanti dove il legislatore

crea quelle stesse differenze, cui poi si appella per giustificare la legittimità costituzionale delle proprie successive scelte discrezionali] – resti estranea ad alcuni diritti fondamentali, rispetto ai quali il riconoscimento a favore dello straniero è stato operato dal giudice delle leggi in modo del tutto svincolato dall'approccio in esame.

È il caso, ad esempio, della libertà personale, rispetto alla quale la **sent. n. 105/2001** [in *Dir. imm. e citt.*, n. 2/2001, 109, con nota di ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire* e in *Giur. it.*, 2002, 1345, con nota di AL-COSTINO, *Lo straniero "sospeso" fra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione*] esclude che «le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». In questo quadro, particolarmente significativa è la qualificazione, operata dalla Consulta, dell'**accompagnamento coattivo** e del **trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione** (istituti che saranno esaminati *infra*, 3) alla stregua di misure incidenti sulla libertà personale: per quanto riguarda il trattenimento amministrativo nei c.i.e., secondo la Corte esso «è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione»; d'altra parte, anche «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione».

Per quanto riguarda la **finalità rieducativa della pena**, va ricordata la pronuncia del giudice delle leggi [C. cost., **sent. n. 78/2007**] che, recependo l'orientamento già affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione [Cass., Sez. Un., 28.3.2006, n. 14500, in *Cass. pen.*, n. 10, 2006, 3120], ha dichiarato l'illegittimità delle norme dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative alla detenzione ove interpretate nel senso che allo straniero non comunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure stesse. Secondo la Consulta, l'interpretazione contraria «si risolve nella radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati»: la preclusione alla concessione delle misure alternative alla detenzione risulta infatti «collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima».

Che lo *status* di irregolarità dello straniero non sia, in quanto tale, sintomatico della pericolosità sociale del soggetto è stato ribadito dal giudice della legge con la decisione [C. cost., sent. n. 249/2010] che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza e del principio di offensività, della **circostanza aggravante del fatto commesso dal soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale** (art. 61 n. 11-*bis* c.p.); con la norma censurata, ha affermato la Corte, «la qualità di immigrato “irregolare” – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento».

La sent. n. 249/2010 ha altresì dichiarato illegittimi, in via consequenziale, l'art. 1 comma 1 legge 15.7.2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), a norma del quale la circostanza aggravante indicata si intende riferita ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, e l'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p., limitatamente alle parole «e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-bis), del medesimo codice».

Sul terreno processuale, importanti affermazioni di principio sono state rese dal giudice delle leggi anche in ordine al **diritto al contraddittorio** e al **diritto di difesa** riconosciuti allo straniero.

La **sent. n. 222/2004** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina della convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 13 comma 5-*bis* t.u.), poi modificata dalla legge n. 271/2004, «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa». La sentenza è significativa anche perché definisce una sorta di *standard* minimo di garanzie che deve caratterizzare l'intervento giurisdizionale in tema di *habeas corpus*, *standard* che deve salvaguardare l'effettività dell'intervento del giudice e le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa. Intorno a queste tre direttrici fondamentali, il profilo dell'intervento giurisdizionale prescritto dall'art. 13 comma 3 Cost. è delineato con chiarezza: deve garantire «immediatamente e direttamente il bene della libertà personale sui cui incide l'accompagnamento alla frontiera»; pertanto, deve intervenire *prima* della sua esecuzione; deve essere articolato in modo da non violare «il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile»: questi, dunque, «deve essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza del difensore».

Sempre con riguardo al **diritto di difesa**, la Corte, richiamando in uno con l'art. 24 comma 2 Cost. alcune significative fonti internazionali, ne ha espressamente riconosciuto la natura di diritto inviolabile [cfr., tra le altre, C. cost., **sent. n. 492/1991**, in *Giur. cost.*, 1991, 3994, con nota di TESSA, *Attività amministrativa del giudice e incidente di costituzionalità*], sicché – come ha affermato la **sent. n. 189/2000** – «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti

fondamentali della persona umana, fra i quali quello di difesa (...)» [sulla più recente giurisprudenza in tema di riconoscimento del diritto di difesa allo straniero, v. BASCHERINI, 217].

La sent. n. 189/2000 è intervenuta sull'art. 13 t.u., che disciplina la traduzione del decreto di espulsione e degli altri provvedimenti negativi relativi allo *status* dello straniero: la Corte ha sottolineato la preordinazione della traduzione allo scopo di assicurare l'effettiva conoscibilità del provvedimento, presupposto essenziale per l'esercizio del diritto di difesa di cui gode anche lo straniero irregolarmente presente sul territorio statale. Muovendo da questa affermazione, la Corte costituzionale ha ritenuto che «è devoluta alla giurisdizione di merito la valutazione se nella vicenda in esame possa considerarsi conseguito lo scopo dell'atto, che è quello di consentire al destinatario il pieno esercizio del diritto di difesa: ciò postula che il provvedimento di espulsione sia materialmente portato a conoscenza dell'interessato, o gli sia comunicato con modalità che ne garantiscano in concreto la conoscibilità» [nei medesimi termini si è espressa la **sent. n. 227/2000**]. Analoga valorizzazione del ruolo della giurisdizione nell'inveramento dei principi costituzionali si è avuta con riferimento alla norma di cui all'art. 14 comma 5-bis, a proposito della quale la Corte ha ribadito che «la valutazione in concreto dell'effettiva conoscibilità dell'atto spetta ai giudici di merito, i quali devono verificare se il provvedimento abbia raggiunto o meno il suo scopo, traendone le dovute conseguenze in ordine alla sussistenza dell'illecito penale contestato allo straniero» [**sent. n. 257/2004**].

Mentre i molteplici interventi del giudice delle leggi riguardanti più da vicino i reati in materia di immigrazione saranno esaminati nel corso della trattazione relativa alle varie fattispecie, un cenno conclusivo deve essere riservato al **diritto alla tutela giurisdizionale**, di cui la Corte costituzionale ha sancito la collocazione non solo tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 della Carta [C. cost., sent. n. 98/1965] e riconosciuti, in quanto tali, anche allo straniero (come affermato ad esempio dalla citata sent. n. 222/2004), ma anche tra «i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» [così, nitidamente, C. cost., sent. n. 18/1982, successivamente richiamata anche da C. cost., sent. n. 232/1989].

1.2. Le fonti internazionali. – La rilevanza del ruolo rivestito dalle fonti internazionali nella definizione delle discipline nazionali sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero si è tradotta in una straordinaria complessità della normativa su questi temi che, a vari livelli, si è stratificata: a tale normativa, in questa sede, non potranno che essere dedicati rapidi cenni, limitati alle fonti più significative, nell'ottica dell'analisi dei reati in materia di immigrazione.

Viene in rilievo, in primo luogo, il **Protocollo delle Nazioni unite contro il traffico dei migranti**; nel corso della Conferenza di Palermo del 12-15.12.2000 sono stati aperti alla firma la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (ratificata dall'Italia con la legge n. 146/2006) e tre protocolli addizionali, due dei quali dedicati rispettivamente al **contrasto della tratta degli esseri umani** e, appunto, al **contrasto del traffico dei migranti**. Il *background* criminologico dei due protocolli risiede nella distinzione tra il *traffic-*

king of human being, ossia la «tratta intesa quale traffico di esseri umani finalizzato al loro successivo sfruttamento», e lo *smuggling of emigrants*, ossia il «favoreggiamento organizzato dell'immigrazione clandestina» [FREZZA, PACE, SPIEZIA, 16]. La distinzione dell'ambito applicativo di ciascuno dei due Protocolli allegati alla Convenzione di Palermo – una distinzione rilevante, come si vedrà, anche nella ricostruzione del rapporto tra il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale ex art. 12 t.u. e le fattispecie previste dall'art. 601 c.p. – si muove in questa prospettiva ed è fondata essenzialmente sul consenso della vittima all'espatrio: il consenso è «estorto o viziato, in concreto o in via presuntiva, nel Protocollo contro la tratta di persone; sussistente nel Protocollo contro il traffico di migranti» [MICHELINI, 41]; in realtà, il *discrimen* tra la nozione di tratta di esseri umani e quella di traffico di migranti – e, quindi, tra la sfera applicativa dei due Protocolli – può risultare, in concreto, incerto, soprattutto con riguardo alle ipotesi di abuso della posizione di vulnerabilità, ipotesi riconducibili alla nozione di tratta [GIAMMARINARO, 420; sulla normativa sovranazionale in tema di tratta e sulle fattispecie codicistiche delineate dalla legge n. 228/2003, PECCIOLI, 77]. Sul tema va anche ricordata la **direttiva 2011/36/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, direttiva che ha sostituito la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

Secondo il Protocollo O.N.U., la **nozione di traffico di migranti** indica il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui la persona non è cittadina o residente permanente (art. 3). In dottrina si è osservato che il Protocollo non distingue tra emigrazione e immigrazione, con la conseguenza che «l'azione di favorire ogni genere di movimento illecito alla frontiera, verso il proprio Stato o verso un altro Stato, va considerata sanzionabile sotto il profilo penale» [DELICATO, 402]. Più in dettaglio, l'art. 6 stabilisce che debbano essere sanzionate penalmente alcune condotte, se commesse intenzionalmente e al fine di ottenere un vantaggio indicato: il traffico di migranti; la formazione e il possesso di documenti falsi, se finalizzati a consentire il traffico dei migranti; il favoreggiamento, attraverso documenti falsi o per il tramite di qualsiasi altro mezzo illegale, del soggiorno irregolare dello straniero. La medesima disposizione estende l'obbligo di incriminazione al tentativo e al concorso di persone.

Passando alle **fonti comunitarie**, esse hanno assunto un rilievo crescente nella determinazione degli indirizzi nazionali a seguito, in particolare, della *comunitarizzazione* degli **accordi di Schengen** [su tale processo, (a) M. PASTORE, 3]. Proprio la circostanza che la disciplina dettata da tali accordi ha rappresentato il nucleo essenziale dello sviluppo delle politiche comunitarie sull'immigrazione ha attribuito ad esse una prospettiva orientata prevalentemente verso l'adozione di strumenti di controllo dei flussi migratori e di contrasto dell'immigrazione irregolare: come è stato osservato, «legare l'immigrazione all'abolizione dei controlli alle frontiere interne denota l'esigenza di evitare gli effetti indesiderati della libera circolazione e comporta che solo quegli aspetti del fenomeno che siano funzionali

all'instaurazione del mercato interno siano considerati meritevoli di costituire oggetto di cooperazione. In altre parole, solo la lotta all'immigrazione clandestina assume una dimensione e un impatto sufficiente da poter essere oggetto di considerazione tra gli Stati» [LANG, 701]; di qui il rilievo che «in materia di immigrazione la politica comune si è limitata alla lotta contro l'immigrazione illegale e allo sviluppo di una politica comune delle espulsioni (...)» [SCAGLIOTTI, 71]. Sull'impostazione derivante dal *legame* tra normative sull'immigrazione e abolizione dei controlli alle frontiere interne, si è poi innestato l'approccio delle politiche migratorie europee in tema di disciplina degli ingressi a scopo di lavoro che, per un verso, ha sancito la **c.d. preferenza comunitaria**, ossia la subordinazione dell'ammissione nel territorio degli Stati membri all'indisponibilità di forza-lavoro locale, e, per altro verso, ha vincolato l'autorizzazione all'ingresso all'**incontro preventivo tra domanda e offerta di lavoro**. L'opzione di fondo che emergeva dall'intreccio di queste due linee-guida è ben sintetizzata dalla risoluzione del Consiglio del 20.6.1994, secondo cui in linea di principio «gli Stati membri rifiutano l'accesso sul proprio territorio ai cittadini extracomunitari per fini di occupazione» [cfr., MANCA, 97]: un'opzione espressiva di «politica degli ingressi che mira a realizzare una *immigrazione zero*» [LANG, 720].

È nel quadro sommariamente descritto che si è inserita la **direttiva rimpatri dell'Unione europea** (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), le cui pur criticate linee-guida rivelavano molteplici profili di incompatibilità con la disciplina italiana in tema di esecuzione dei provvedimenti di espulsione, oltre che una serie di aspetti problematici in rapporto ad alcune fattispecie incriminatrici e, prima di tutto, ai reati collegati all'espulsione, così come delineati prima della novella del 2011.

Sul piano dei contenuti, l'architettura della direttiva rimpatri presenta un nucleo di norme obbligatorie, in relazione alle quali gli Stati possono esercitare la discrezionalità tipica della direttiva, che si affianca, da un lato, a un gruppo di norme che si limitano a stabilire obiettivi da raggiungere e, dall'altro, a una clausola di salvaguardia delle norme più favorevoli [FAVILLI, 3]: il risultato complessivo sul piano dell'armonizzazione è comunque modesto.

L'ambito di applicazione della direttiva è delineato dall'art. 2, che attribuisce agli Stati membri la possibilità di non applicarla ai cittadini non comunitari sottoposti a respingimento alla frontiera e a quelli sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Di particolare rilievo è la **normativa sull'esecuzione della decisione di rimpatrio**, affidata, di regola, all'istituto della **partenza volontaria** disciplinato dall'art. 7: è la stessa decisione di rimpatrio a fissare un periodo congruo – di durata compresa tra i sette e i trenta giorni – per la partenza volontaria dello straniero, periodo che può prorogato in presenza di circostanze specifiche del singolo caso; per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti allo straniero obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodi-

camente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo. Ai sensi del comma 4 dell'art. 7, «se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni». Pertanto, nella disciplina dettata dalla direttiva rimpatri (per la cui attuazione l'art. 20 aveva fissato il termine del 24.12.2010), per un verso, **la modalità ordinaria di esecuzione del rimpatrio non ha carattere coercitivo**; per altro verso, forme coercitive – gli obblighi di cui al comma 3 dell'art. 7 e le misure adottabili nei casi di mancata concessione del termine ai sensi del comma 4 – possono essere disposte solo sulla base di una **valutazione individualizzata relativa allo specifico caso** (e, dunque, non sulla base di astratte previsioni): da entrambi i punti di vista la normativa italiana rivelava profili di incompatibilità con la direttiva rimpatri [per un'approfondita disamina v. FAVILLI, 7; sui rapporti tra la direttiva rimpatri e le fattispecie di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore *ex art. 14 commi 5-ter e 5-quater t.u.*, v. MASERA, VIGANÒ, 560, nonché *infra*, Cap. V, 1.3]. Alle scarse garanzie procedurali si accompagna la disciplina del **trattenimento ai fini dell'allontanamento** (art. 15), che può essere disposto, in difetto, nel caso concreto, di altre misure sufficienti e meno coercitive, per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento quando sussista un pericolo di fuga ovvero il cittadino straniero eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento [BORRACCETTI, 35]. La durata del trattenimento non può di regola superare i sei mesi, ma, in caso di mancata cooperazione da parte dello straniero o di ritardi nell'ottenimento della documentazione necessaria dai paesi terzi, può essere prorogata di ulteriori dodici: una *detenzione amministrativa* protratta – anche per cause del tutto indipendenti dalla volontà dell'interessato (ma sempre sulla base di una valutazione relativa al singolo caso) – per diciotto mesi rivela non solo un'«armonizzazione *de minimis*» [ZORZI GIUSTINIANI, 671], ma anche un'armonizzazione *al ribasso* sul piano dei diritti fondamentali dello straniero, una sorta di *dumping* delle garanzie individuali [per una valutazione complessiva, ALGOSTINO, 3].

Successivamente è intervenuta la **direttiva 2009/52/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 18.6.2009 (recante norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare). La Direttiva (per la cui attuazione l'art. 17 ha fissato il termine del 20.7.2011) stabilisce un divieto generale di assunzione di cittadini non comunitari il cui soggiorno è irregolare (art. 3); se intenzionale, la violazione di tale divieto deve essere configurata come reato nei seguenti casi: *a*) se la violazione prosegue o è reiterata in modo persistente; *b*) se la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini non comunitari irregolarmente soggiornanti; *c*) se la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; *d*) se la violazione riguarda consapevolmente uno straniero vittima di tratta; *e*) se l'assunzione illegale riguarda un minore.

2. L'evoluzione della legislazione.

Passando alla legislazione italiana sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero, la sua evoluzione ne rivela una straordinaria instabilità: soprattutto nella fase più recente, quella successiva all'approvazione del testo unico del 1998, il convulso susseguirsi di normative – tese ad introdurre nuove forme di espulsione, nuovi strumenti esecutivi degli allontanamenti, nuove fattispecie di reato, nuove circostanze aggravanti, nuove ipotesi di arresto, ecc. – si è accompagnato a una serie di declaratorie di illegittimità costituzionale relative anche a segmenti di rilievo centrale delle discipline via via adottate. Il baricentro dell'instabilità normativa che caratterizza la legislazione italiana può essere individuato nella **ricerca dell'effettività dei provvedimenti di allontanamento**, una ricerca che si è tradotta in una sorta di corsa *al rialzo* delle misure repressive – segregazionistiche sviluppatasi sia sul terreno delle discipline amministrativistiche, sia su quello della normativa penalistica e processual-penalistica: è una vicenda, quella della legislazione sull'immigrazione, che sembra assumere valenza paradigmatica degli esiti di una *cattiva politica* «ansiosa di incamerare facili rendite demoscopiche o elettorali del senso di insicurezza diffuso» [FORTI, 43].

2.1. Dal t.u.l.p.s. ai decreti Dini. – Il tratto saliente della condizione giuridica dello straniero nel nostro Paese è stato rappresentato, fino agli inizi degli anni '90, dalla estrema lacunosità della disciplina di rango legislativo, lacunosità alla quale corrispondeva – specularmente – un'assai ampia discrezionalità amministrativa, che si manifestava sia sul versante normativo, attraverso la c.d. «**disciplina per circolari**», sia su quello della concreta gestione del singolo caso, rimessa in via praticamente esclusiva all'autorità di polizia [sui caratteri generali della normativa italiana v. ADINOLFI, 11]. La disciplina dell'allontanamento dello straniero, in particolare, era contenuta in alcune **scarne disposizioni del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza**, che prevedevano una molteplicità di istituti, dai reciproci confini non ben delineati [SABATINI, 545].

Sul piano delle garanzie, la situazione era stata efficacemente descritta dalla dottrina che aveva segnalato in questa materia lo «sproporzionato potere in capo all'Autorità di P.S., immutato dopo tanti anni di lotte per il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Costituzione» [T. SORRENTINO, 216]; anche per questo, la tutela giurisdizionale dello straniero era privata di qualsiasi profilo di effettività.

Non furono, tuttavia, preoccupazioni garantistiche, ma **la progressiva trasformazione dell'Italia**, a partire dagli anni '70 e con progressivi incrementi nei successivi decenni, **da paese di emigrazione in paese di immigrazione** a imporre un complessivo rimodellamento della normativa sulla condizione giuridica dello straniero. La vicenda, inizialmente recepita con benevolenza, assunse ben presto, nella rappresentazione dei *media* e nel dibattito politico, la fisionomia di un'*invasione*, che esigeva di essere affrontata con strumenti adeguati, quelli tipici dell'ordine pubblico [PUGLIESE, 63]. Era chiaro, in realtà, che si era in presenza di un fenomeno non contingente, ma strutturale, determinato da ragioni profonde, rispetto alle quali era

inutile, oltre che ingiusto, il tentativo di elevare «un alto e invisibile muro contro i nuovi barbari provenienti dai paesi più deboli» [RODOTÀ, 63].

La **c.d. legge Martelli** (d.l. 30.12.1989, n. 416 convertito, con modificazioni, nella legge 28.2.1990, n. 39), la prima intervenuta a ridisegnare la normativa sull'allontanamento dello straniero, nacque con un'ambiguità di fondo, compressa tra le spinte verso la **logica emergenziale della chiusura delle frontiere** e l'ambizione di **governare, nel segno dell'integrazione, un processo storico che si sapeva inarrestabile**. La stessa disciplina dell'espulsione risentiva di questa ambivalenza.

Da una parte, fu ampliato il novero dei reati-presupposto dell'espulsione quale misura di sicurezza, attraverso il richiamo alle ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza. La gamma delle condotte poste a fondamento dell'espulsione amministrativa venne, inoltre, individuata attraverso il riferimento alla violazione delle disposizioni in materia di ingresso e soggiorno (di tutte le violazioni in questa materia, indipendentemente da qualsiasi valutazione sulla gravità della condotta) e alla violazione *grave* di una serie di normative, alcune delle quali non caratterizzate dall'idoneità a suscitare un particolare allarme sociale. Ancora, fu introdotta una nuova ipotesi di espulsione amministrativa – facoltativa – il cui presupposto coincideva con le categorie previste dall'art. 1 della legge n. 1423/1956 e dall'art. 1 della legge n. 575/1965. Infine, fu disciplinata una figura di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, affidata alla competenza non del Prefetto, come per le altre forme di espulsione amministrativa, ma del Ministro dell'interno [MENEGHELLO, RIONDATO, 231].

L'analisi delle fattispecie di espulsione previste dalla legge Martelli ne sottolinea il limite di fondo, costituito dall'incapacità di emanciparsi dalla **prospettiva dell'immigrazione come problema di ordine pubblico**: al di là degli eccessivi spazi di discrezionalità ancora attribuiti alla pubblica amministrazione, la latitudine dei presupposti giustificativi dell'allontanamento dello straniero testimoniava un approccio che attribuiva all'espulsione un ruolo di assoluta centralità nel *governo* dell'immigrazione, un ruolo che la successiva legislazione non riuscirà a ridimensionare.

D'altra parte, e a conferma della ambivalenza alla quale si è fatto riferimento, notevoli sono i progressi realizzati dal legislatore del 1990 sul terreno delle garanzie riconosciute agli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione: dalla espressa previsione dell'obbligo di motivazione e di indicazione dei modi di impugnazione di tutti i provvedimenti negativi, fino alla disciplina del ricorso giurisdizionale, che, se riduceva della metà i vari termini processuali, riconosceva, però, per tutte le forme di espulsione (tranne quella ministeriale), efficacia sospensiva *ope legis* alla presentazione della domanda incidentale di sospensione [ZORZELLA, 249]. Significativa, in quest'ultima prospettiva, era anche la disciplina dell'esecuzione delle misure di espulsione, disciplina imperniata sull'istituto dell'**intimazione ad abbandonare il territorio dello Stato**: solo in caso di inottemperanza all'intimazione (e nell'ipotesi di espulsione di cui al comma 5 dell'art. 7) era previsto l'accompagnamento coattivo alla frontiera; a salvaguardia delle eventuali esigenze pubbliche di controllo dello straniero colpito da una misura espulsiva era stabilita la possibilità di disporre la sorveglianza speciale [ZANCHETTA, 159].

Il profilo della concreta esecuzione dei provvedimenti di allontanamento condusse a un giudizio di inadeguatezza della legge Martelli: naturalmente, le cause della ineffettività delle espulsioni furono individuate, nel dibattito politico, non nella incapacità della normativa di assicurare canali di ingresso legale in grado di rispondere, in termini di effettività, ai movimenti migratori che interessavano il nostro Paese e nemmeno nella già evidenziata ampiezza dei presupposti applicativi delle diverse forme di espulsione, ma nella eccessiva *liberalità* delle relative misure esecutive.

La storia successiva della disciplina dell'allontanamento dello straniero si muove lungo tre direttrici: la proliferazione delle figure di espulsione, la *stretta* sull'esecuzione dei provvedimenti e, nella fase più recente, la criminalizzazione di condotte incentrate sullo *status* di irregolarità.

La prima tappa fu costituita dal **c.d. decreto Conso** [d.l. 14.6.1993, n. 187, convertito, con modificazioni, nella legge 12.8.1993, n. 296], che, oltre ad alcune fattispecie di reato (che saranno esaminate nei Capp. III e V), introdusse una nuova forma di allontanamento *a richiesta* dello straniero sottoposto a custodia cautelare per delitti diversi da quelli indicati nell'art. 407 comma 2 lett. a) nn. da 1) a 6) c.p.p., ovvero condannato ad una pena non superiore a tre anni (anche se costituente parte residua di maggior pena). La Corte costituzionale, qualificando questa figura di espulsione quale ipotesi di sospensione della detenzione (della custodia cautelare o della esecuzione della pena definitiva) ne riconobbe la legittimità costituzionale, attribuendo notevole rilievo alla volontà dell'interessato, la cui richiesta rappresentava un requisito essenziale – ed ineliminabile – della fattispecie [sent. n. 62/1994, in *Cass. pen.*, 1994, 862].

Nel novembre del 1995, a poco più di due anni dal decreto Conso, il governo Dini adottò, sull'onda dell'ennesima *emergenza immigrazione*, il d.l. n. 489, che, reiterato (da ultimo anche dal successivo governo Prodi) ben cinque volte, alla fine non fu convertito. Per quanto concerne la disciplina dell'espulsione, i **decreti Dini** presentavano due significative novità. Accanto alle fattispecie di allontanamento già previste dall'ordinamento (espulsione amministrativa, per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, misura di sicurezza ed espulsione a richiesta di parte), fu introdotta una nuova figura di espulsione quale misura di prevenzione, disposta dal pretore su richiesta del pubblico ministero ed all'esito del procedimento in camera di consiglio disciplinato dall'art. 666 c.p.p. Sul terreno dell'esecuzione delle misure di allontanamento, i decreti Dini, per i casi in cui risultasse necessario procedere ad accertamenti sulla identità della persona da espellere o alla acquisizione di documenti o visti, ovvero sussistesse il pericolo di fuga della persona stessa, stabilirono l'applicabilità, da parte dell'autorità giudiziaria, della misura cautelare dell'obbligo di dimora, misura che poteva essere impugnata attraverso l'istituto del riesame (i termini previsti dall'art. 309 c.p.p. erano, però, ridotti della metà). Significativo era il richiamo al comma 4 dell'art. 283 c.p.p., in forza del quale il provvedimento applicativo dell'obbligo di dimora poteva contenere la prescrizione al soggetto da espellere «di non allontanarsi dall'edificio o struttura indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con

uno o più decreti del Ministro dell'interno (...): con questa norma, facevano la loro prima, timida apparizione nell'ordinamento italiano quei centri di detenzione per gli stranieri irregolari che saranno poi introdotti dalla successiva legge Turco-Napolitano.

2.2. Dal testo unico del 1998 alla riforma del 2011. – La legge Turco-Napolitano (legge 6.3.1998, n. 40, poi confluita nel testo unico di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286) ha rappresentato il primo intervento organico sulla disciplina dell'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero. Ispirata, secondo la relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo, a un «atteggiamento positivo, realistico, aperto verso l'immigrazione – alieno da velleità di chiusure e da complessi di timore e di rifiuto», la legge del 1998 ha costruito la disciplina degli ingressi incentrandola sul **sistema delle quote**, ossia su un «meccanismo di regolazione degli ingressi per motivi di lavoro che ha come fine principale quello di modulare i flussi migratori in rapporto ad un bilanciamento di interessi, i cui fattori in gioco sono il fabbisogno di mano d'opera, le entrate contributive, i costi sotto il profilo socio-assistenziale ed il controllo, complessivamente inteso, sui fenomeni connessi ai movimenti migratori» [COGNINI, 6].

Al sistema delle quote si accompagnava una disciplina degli ingressi per motivi di lavoro che confermava «la possibilità di ingresso dietro chiamata nominativa del datore di lavoro e, ove questi non abbia una conoscenza diretta del lavoratore, tramite apposite liste di collocamento predisposte in base alle intese o accordi di regolamentazione dei flussi» [CORSI, 245]. In sintonia con gli indirizzi comunitari, dunque, il testo unico del 1998 subordinava (e tuttora subordina) la possibilità di ingresso regolare nel nostro Paese, all'**incontro a livello planetario tra domanda e offerta di lavoro**: «è di tutta evidenza l'astrattezza e l'estrema macchinosità delle procedure di ingresso ispirate a questa impostazione e la loro assoluta inadeguatezza a governare, in termini di effettività, fenomeni come quelli migratori» [(a) CAPUTO, 35]. Un atteggiamento realistico di governo di tali fenomeni avrebbe suggerito di affiancare al permesso per lavoro un permesso per la *ricerca di lavoro*, ma l'indicazione non è stata raccolta dal legislatore del 1998, sicché rispetto alla regola dell'incontro a livello *planetario* tra domanda e offerta di lavoro, solo due istituti – **la prestazione di garanzia** (il c.d. *sponsor*) e **il ricongiungimento familiare** – assicuravano alla disciplina degli ingressi un certo tasso di flessibilità, consentendo, in determinati limiti, il dispiegarsi della *catena migratoria*, ossia del *richiamo* esercitato sui loro connazionali – legati da vincoli di parentela o da altri vincoli sociali – dagli immigrati già presenti in Italia.

Per quanto riguarda le politiche di accoglienza e di integrazione dei migranti regolari, la legge Turco-Napolitano ha riconosciuto allo straniero regolarmente soggiornante una serie di diritti sociali: l'intero titolo V della legge contempla infatti «disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale»; ad esse deve aggiungersi l'importante innovazione rappresentata dall'azione civile contro le discriminazioni intro-

dotte dall'art. 44 t.u. (in relazione alla quale è stata introdotta la figura di reato esaminata *infra* al Cap. VIII). A fronte di queste rilevanti innovazioni, la disciplina del soggiorno dello straniero delineata dal testo unico del 1998 non ha saputo tuttavia emanciparsi dalla visione dell'«immigrato quale ospite *in prova perpetua*» [PEPINO, 14]: per questa ragione, il passaggio dallo *status* di regolare a quello di irregolare poteva (e può) avvenire con estrema facilità, grazie non solo alla difficoltà obiettiva di acquisire e conservare i requisiti necessari al rinnovo dei titoli di soggiorno, ma anche alla farraginosità delle procedure amministrative, affidate alla gestione dell'autorità di polizia [sulla *precarizzazione* della condizione dello straniero regolare v. BUCCI, 393].

Al contrario, nella disciplina del testo unico del 1998, il passaggio dalla condizione di irregolare a quella di regolare è – salvo l'intervento di una sanatoria generale – precluso dall'assenza di meccanismi, da più parti invocati, di *regolarizzazione permanente* degli ingressi o dei soggiorni irregolari fondati sul decorso del tempo e su indici di integrazione, quali la mancata commissione di reati e il raggiungimento *ex post* delle condizioni che avrebbero giustificato il conseguimento del titolo abilitativo: un meccanismo del genere sarebbe in grado di svolgere una funzione essenziale, quella di ridurre l'area della irregolarità, incentivando l'assunzione di comportamenti *virtuosi*.

Viene così in luce un profilo essenziale della legislazione del 1998, la sua riconducibilità alla *logica binaria* che caratterizza, non solo in Italia, la politica migratoria [F. PASTORE, 1047]: politiche di integrazione nella definizione della posizione giuridica degli stranieri regolari; politiche di rigore nel trattamento degli stranieri irregolari. Le relazioni di accompagnamento al disegno di legge Turco – Napolitano esprimeva con chiarezza l'adesione a questa logica, rivendicando un'impostazione tesa a marcare un «**netto discrimine**» tra la **condizione dello straniero regolare e quella dello straniero irregolare**. Fondata su una visione dell'immigrazione non realistica ma smentita prima di tutto dalla lunga e dolente storia dell'emigrazione italiana [RINAUDO, 90], la logica del «netto discrimine» rappresenta l'ulteriore tassello di un impianto normativo che, alla resa dei conti, ha *prodotto irregolarità*: un quadro normativo del genere, completato dall'**attribuzione all'espulsione del ruolo di strumento pressoché esclusivo di risposta alle pur obiettivamente diverse situazioni di irregolarità**, ha reso la questione dell'*effettività* delle misure di allontanamento irrisolvibile. A sua volta, **l'impossibile effettività delle espulsioni** si è tradotta, negli interventi successivi alla legge del 1998, nella **corsa al rialzo delle misure amministrative e degli istituti penalistici preordinati all'esecuzione degli allontanamenti** cui si faceva cenno.

È questo il profilo più significativo della **legge Bossi-Fini** (legge 30.7.2002, n. 189), che segna una profonda revisione degli istituti connessi alla gestione dell'immigrazione irregolare. Muta in radice, con la riforma del 2002, l'impostazione delle misure finalizzate all'esecuzione dell'espulsione, misure che esaltano la dimensione coercitiva per il tramite, da un lato, dell'**attribuzione all'accompagnamento coattivo del ruolo di regola dell'esecuzione** e, dall'altro, del **prolungamento della durata massima del trattenimento amministrativo**. Ma con la legge Bossi-Fini

muta anche il ruolo del diritto penale nella complessiva disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero, un ruolo che acquista una dimensione centrale soprattutto attraverso l'**introduzione del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore** e la costruzione di un meccanismo incentrato sul *passaggio* dall'espulsione all'ordine di allontanamento del questore, dall'incriminazione della sua inottemperanza all'arresto, dal giudizio direttissimo, nuovamente, all'espulsione. All'**intreccio tra dimensione penalistica e dimensione amministrativistica** che caratterizza tale meccanismo si accompagnerà la rilevanza pratica del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine amministrativo di allontanamento, un reato che aveva assunto, nel quotidiano della giustizia penale, un ruolo di indiscusso protagonismo [(b) CAPUTO, 283].

Le innovazioni apportate dal legislatore del 2002, peraltro, non hanno riguardato solo il pur decisivo segmento della normativa dell'immigrazione irregolare, ma hanno investito anche la disciplina degli ingressi e del soggiorno.

Dal primo punto di vista, le modifiche introdotte dalla legge Bossi-Fini presentano un segno comune, rappresentato dal drastico *irrigidimento* delle discipline degli ingressi, foriero di un inevitabile aumento dell'immigrazione irregolare. In questa prospettiva, è stata abrogata la norma sulla reiterazione *automatica*, in caso di mancata emissione dei decreti di programmazione annuale dei flussi, delle quote di ingresso previste per l'anno precedente; è stato soppresso il c.d. *sponsor*, ossia la prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro, un fondamentale strumento di *flessibilità* che, come si è visto, consentiva di svincolare in parte l'ingresso legittimo dalla regola dell'incontro a livello mondiale tra domanda e offerta di lavoro; è stato notevolmente ridimensionato il diritto al ricongiungimento familiare.

Per quanto riguarda la disciplina del soggiorno, la novella del 2002 ha ridotto il periodo minimo di iscrizione nelle liste di collocamento concesso al lavoratore straniero che ha perso il posto di lavoro per trovarne uno nuovo e, soprattutto, ha introdotto il «contratto di soggiorno», requisito essenziale per il conseguimento e la conservazione del permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Gli interventi legislativi successivi si sono mossi lungo le linee-guida tracciate dalla riforma del 2002, ma hanno anche dato vita a ulteriori torsioni sul piano dei principi garantistici e su quello della razionalità complessiva della disciplina.

La **novella del 2004** (d.l. 14.9.2004, n. 241, convertito, con modificazioni, nella legge 12.11.2004, n. 271) è stata adottata *in risposta* alle declaratorie di illegittimità costituzionale di cui alle **sentt. n. 222 e n. 223/2004** del giudice delle leggi: con riferimento alla prima (richiamata *supra* al § 1), la novella del 2004 ha ridefinito la disciplina della convalida dell'accompagnamento coattivo, attribuendo la relativa competenza (così come quella sulla convalida del trattenimento) al giudice di pace; con riguardo alla seconda (che sarà esaminata al Cap. V), il legislatore del 2004 ha ripristinato il meccanismo *penal-amministrativo* di cui all'art. 14 t.u., trasformando in delitto la maggior parte delle relative fattispecie incriminatrici.

Nel corso della breve vita della XV legislatura, fu varato un disegno di legge delega (c.d. disegno di legge Amato-Ferrero) caratterizzato da molteplici profili di discontinuità rispetto all'indirizzo accolto dalla legislazione vigente [per un'analisi

complessiva del disegno di legge v. (e) CAPUTO, 433]. Sul versante dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, in particolare, il disegno di legge prevedeva, da un lato, l'introduzione del rimpatrio volontario e assistito e, dall'altro, la rimodulazione delle tipologie sanzionatorie (amministrative o penali), con la riconduzione della disciplina nell'alveo degli istituti e dei principi stabiliti in via generale dal codice penale e di procedura penale: la prospettiva, che si muoveva nella direzione di un sensibile ridimensionamento dei tratti di *specialità* del diritto penale dell'immigrazione, non fu coltivata, poiché il disegno di legge non iniziò nemmeno il suo *iter* parlamentare. Nel corso della stessa legislatura, invece, si è venuto configurando, lungo linee-guida non molto diverse da quelle che ispirano la legislazione sullo straniero non comunitario, lo **statuto dello straniero comunitario**: sulla normativa penalistica dettata dal d.lgs. 8.2.2007, n. 30, come modificato dal d.lgs. 28.2.2008, n. 32 e dal d.l. n. 89 del 2011, convertito, con modificazioni, con la legge 2 agosto 2011, n. 129, ci si soffermerà nel Cap. XI.

Le più recenti tappe dell'evoluzione della legislazione sono scandite, in primo luogo, dai **pacchetti-sicurezza del 2008 e del 2009**, entrambi largamente proiettati sul terreno penalistico.

Seguito dalla nuova *stretta* sulla disciplina del ricongiungimento familiare sancita dal d.lgs. n. 160/2008, il pacchetto-sicurezza con il quale ha esordito, sul terreno della disciplina dell'immigrazione, la XVI legislatura (**d.l. 23.5.2008, n. 92, conv., con modif., dalla legge 24.7.2008, n. 125**) ha avuto una massiccia connotazione penalistica, che si è tradotta nell'introduzione della circostanza aggravante della presenza illegale nel territorio dello Stato *ex art. 61 n. 11-bis c.p.* (poi dichiarata incostituzionale dalla citata sent. n. 249/2010 della Corte costituzionale), nella drastica dilatazione dei presupposti applicativi dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza nella sua configurazione codicistica (v. *infra*, Cap. IX), nell'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12 comma 5-*bis* t.u. (esaminata *infra*, Cap. II) e in una serie di altri interventi sui reati previsti dal testo unico.

Il **pacchetto-sicurezza del 2009 (legge 15.7.2009, n. 94)** ha drasticamente alimentato le tendenze della legislazione sviluppatasi dal 2002 e le relative torsioni sul piano dei principi garantistici. In primo luogo, la novella del 2009, ormai abbandonata la – pur inadeguata – prospettiva dettata dalla *logica binaria*, segna l'ulteriore *precarizzazione* della condizione giuridica dello straniero regolare, con l'ennesimo intervento restrittivo sul ricongiungimento familiare [(b) M. PASTORE, 167] e con la previsione dell'accordo di integrazione (art. 4-*bis* t.u.), che lega la possibilità di conservare il titolo abilitativo del soggiorno a un meccanismo *a crediti* destinato a tradursi in nuovi ostacoli alla conservazione delle condizioni legittimanti il rinnovo dei permessi. Sul versante amministrativistico della disciplina relativa allo straniero irregolare, il pacchetto-sicurezza del 2009 ha previsto la dilatazione fino a centottanta giorni della durata massima del trattenimento amministrativo. Il baricentro dell'intervento legislativo è, tuttavia, collocato sul piano penalistico, come testimoniano non solo le molteplici modifiche a fattispecie già previste dal testo unico (alcune delle quali di grande rilievo, come quelle relative alla figura dell'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore), ma soprattutto l'**introduzione**

del reato di ingresso e soggiorno illegale, «un clamoroso esempio di espansione incontrollata della normativa penale» [PISA, 5].

La più recente **riforma del 2011** è stata imposta dalla necessità di dare attuazione alla direttiva rimpatri dell'Unione europea (direttiva 2008/115/CE), necessità divenuta impellente dopo la pronuncia della Corte di giustizia che ha sancito l'incompatibilità, rispetto alla direttiva stessa, della disciplina dei reati collegati all'espulsione (sentenza della Prima Sezione, 28.4.2001, proc. C-61/11, El Dridi, in *Guida dir.*, 2011, n. 20, p. 17, sulla quale v. *infra*, Cap. V). Come subito si vedrà, le opzioni del legislatore italiano lasciano aperti molti interrogativi sull'effettivo allineamento della normativa italiana alle prescrizioni dettate dalla direttiva rimpatri. Sul piano penalistico, comunque, la disciplina introdotta con il d.l. 23.6.2011, n. 89, convertito con la legge n. 129/2011, segna un ridimensionamento del *ruolo* della sanzione penale nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, un ridimensionamento che si è peraltro realizzato non già attraverso l'abrogazione delle varie fattispecie incriminatrici dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 t.u.), ma con la riformulazione delle fattispecie stesse e con la sostituzione della pena comminata da detentiva in pecuniaria: la scelta a favore del superamento della pena detentiva è il frutto delle *rime obbligate* scandite dalla Corte di giustizia, ma, ad esse, il legislatore italiano ha ritenuto di dovere associare – quasi a voler *compensare* il venir meno della sanzione detentiva criminale (e della custodia cautelare destinata a saldarsi con l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento) – la (nuova) triplicazione dei termini di durata del trattenimento amministrativo nei centri di identificazione ed espulsione, durata che, in linea con quanto previsto dalla direttiva rimpatri, può protrarsi fino a diciotto mesi.

3. Espulsione, respingimento e misure esecutive.

Alla prova dei fatti e vista nel suo insieme, la disciplina dell'immigrazione si è rivelata incapace di *governare* gli ingressi in termini realistici e di effettività, incapace di *riassorbire*, in via ordinaria, quote di irregolarità e costruita in modo da *spingere* anche parti rilevanti dell'immigrazione regolare verso l'irregolarità: l'ineffettività di un sistema degli ingressi incentrato sull'impraticabile pretesa dell'*incontro a livello planetario* tra domanda e offerta di lavoro ha trovato corrispondenza in un *governo reale* dell'immigrazione affidato, da un lato, a sanatorie *ufficiali ed eccezionali* e, dall'altro, a sanatorie *ufficiose e periodiche*, ossia all'utilizzo dei meccanismi di ammissione imperniati sui decreti flussi per consentire (non, come pretenderebbe la legge, l'ingresso di chi si trova all'estero al momento della richiesta di assunzione del datore di lavoro, ma) la prosecuzione legale della permanenza dello straniero già irregolarmente presente in Italia. Smentendo empiricamente la logica del «netto discrimine» tra immigrazione regolare e immigrazione irregolare, la condizione di irregolarità del migrante ha assunto, nella realtà dei