

Camera penale Parma
scuola territoriale

26.2.2016

Le fattispecie di reato tipiche del cittadino extracomunitario

Le **fattispecie tipiche** riguardano contravvenzioni e delitti in funzione servente l'azione amministrativa di contrasto all'immigrazione irregolare. Si tratta dell'utilizzo dello strumento penale per rafforzare (o illudere di rafforzare) le funzioni di controllo delle frontiere e dell'allontanamento dei cittadini di paesi terzi che ha caratterizzato il primo decennio degli anni 2000.

10 bis

La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale, introdotta con la Legge 94/2009 è da tempo disapplicata. Com'è noto, con la legge 28.4.2014, n. 67 il Parlamento conferì delega al Governo per la depenalizzazione di questo illecito entro 18 mesi: è del mese scorso la querelle per cui il Governo ha deciso - dopo contrasti in seno alla maggioranza - di accantonare la questione aspettando tempi politicamente più opportuni. Di fatto però, è un reato per cui non si celebrano più processi, è caduto in desuetudine.

14, co. 5 ter e quater

Dopo la sentenza El Dridi della CGUE del 28.4.2011, che sentenziò il de profundis dei reati di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater d'inottemperanza, anche reiterata, all'ordine di allontanamento del questore per contrasto con la direttiva 115/2008/CE, - che tanto occupò le aule delle direttissime per anni - il reato è stato riscritto dalla L. 129/2011 ed attribuito alla competenza del GdP con la previsione sanzionatoria di salatissime multe - da 10.000 a 30.000 € - di fatto anche queste fattispecie sono disapplicate, almeno nei grandi uffici giudiziari.

13, co. 5.2 e 14, co. 1 bis

Sempre la legge 129/2011 ha introdotto alcune fattispecie di reato in ragione della violazione di talune prescrizioni imposte allo straniero espellendo nel caso in cui l'espulsione venga eseguita con le forme della concessione del termine per la partenza volontaria, ovvero in caso di misure alternative al trattenimento amministrativo:

- a) art. 13, co. 5.2, se lo straniero cui è accordato il termine per la partenza volontaria viola l'obbligo di dimora o di presentazione all'autorità di PS è punito con la multa da 3.000 a 18.000€. Siccome l'espulsione con concessione del termine per il volontario esodo non è mai comminata, nemmeno si verificano nella prassi procedimenti per la violazione di prescrizioni che nemmeno si applicano;
- b) art. 14 co. 1 bis: misure alternative al trattenimento al CIE, in tali casi il questore impone una delle seguenti misure: obbligo di dimora, consegna del passaporto, obbligo di presentazione. In caso di violazione di queste prescrizioni, il contravventore è punito con la multa da 3.000 a 18.000 €. Anche qui, siccome le misure alternative non vengono mai disposte, nemmeno si configura, di fatto, la loro violazione, ergo questo reato non si commette quasi mai.

13, co. 13 e 13 bis

L'unico reato "significativo" - perché v'è obbligo di arresto obbligatorio ed è sanzionato con pena detentiva - tra quelli previsti in funzione adiuvante l'azione amministrativa di contrasto all'immigrazione è previsto all'art. 13, co. 13 e 13 bis, TUI. su cui vale la pena soffermarsi.

Trattasi del reingresso illegale dello straniero espulso. Occorre precisare che tutte le espulsioni sono caratterizzate da due elementi: quello ablativo cui si aggiunge un divieto di reingresso ordinariamente da 3 a 5 anni, dal momento di affettivo abbandono del TN.

Ai sensi dell'art. 13, co. 13 TUI lo straniero espulso non può fare rientro nel TN senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione, il che presuppone che l'espulsione sia effettivamente avvenuta, non solo sulla carta, lo straniero è punito con la reclusione da uno a 4 anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento alla frontiera, salvo che sia stato autorizzato al ricongiungimento familiare ex art. 29 TUI.

Ex comma 13 bis, se non si tratta di espulsione amministrativa, ma giudiziale (espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione ex art. 16, TUI) la violazione del divieto di reingresso è punita con la reclusione da 1 a 5 anni.

E' previsto l'arresto obbligatorio anche fuori della flagranza e si procede col rito direttissimo. Siccome è un reato permanente - perché non si consuma nel momento in cui si valica la frontiera ma continua a il reato permane in ragione della costante volontà dello straniero espulso di restare in Italia - è sempre flagrante, sicché la previsione di un arresto "anche fuori della flagranza" è pleonastica.

La CGUE è stata investita da una questione pregiudiziale di interpretazione relativa al delitto ex art. 13, co. 13, rispetto alla direttiva rimpatri ed alla sua pregressa giurisprudenza. Il giudice del rinvio (Trib. di Firenze) chiedeva alla Corte di valutare "se le disposizioni della direttiva 2008/115 ostino all'esistenza di norme nazionali degli Stati membri che prevedano la pena della reclusione sino a quattro anni per un cittadino di un paese terzo che, dopo essere stato rimpatriato non a titolo di sanzione penale né in conseguenza di una sanzione penale, abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio dello Stato, in violazione di un legittimo divieto di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'art. 8 della direttiva 2008/115 (quelle di allontanamento) ai fini del suo pronto ed efficace allontanamento".

La Corte, con la sentenza 1.10.2015 Celaj causa C-290/14, prende le mosse dai principi già enunciati nella propria giurisprudenza riguardo al rapporto tra la direttiva rimpatri ed il diritto penale dei singoli paesi membri. Tale direttiva, non prefiggendosi "l'obiettivo di armonizzare integralmente le norme degli Stati Membri sul soggiorno degli stranieri , non vieta, in linea di principio, che il diritto di uno Stato membro qualifichi come reato il reingresso illegale di un cittadino di un paese terzo in violazione di un divieto di ingresso" (§ 20, in cui vengono "per analogia" richiamati i precedenti Achughbalian e Sagor"). Tuttavia, "secondo costante giurisprudenza, uno Stato membro non può applicare una disciplina penale idonea a compromettere il conseguimento delle finalità perseguite dalla suddetta direttiva, privando così quest'ultima del suo effetto utile" (§ 21, in cui viene ancora citata Sagor); ed "è ben vero che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, le norme e le procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115 sarebbero compromesse se lo

Stato membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare del cittadini di un paese terzo, anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale idoneo a condurre alla reclusione nel corso della procedura di rimpatrio in quanto tale modo di procedere rischierebbe di ritardare l'allontanamento (§ 26, dove, oltre ai precedenti già citati, si rinvia alla sentenza El Dridi)". Il passaggio centrale nella motivazione è immediatamente successivo a quello appena citato. Dopo aver infatti ricordato come nei precedenti in materia fosse stata dichiarata illegittima la disciplina penale che anteponesse alle procedure di rimpatrio la detenzione in sede penale dello straniero irregolare, la Corte afferma che "ciononostante, il procedimento penale dinanzi al giudice del rinvio riguarda la situazione di un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno è irregolare, nei confronti del quale, per mettere fine al suo primo soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro, sono state applicate le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva e che entra nuovamente in tale territorio trasgredendo un divieto di reingresso (§ 27). Pertanto, le circostanze di cui al procedimento principale si distinguono nettamente da quelle oggetto delle cause concluse con le sentenze El Dridi ed Achughbadian, nelle quali i detti cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno era irregolare, erano oggetto di un primo procedimento di rimpatrio nello Stato membro interessato (§ 28)".

La Corte così conclude: "si deve dunque considerare, a fortiori, che la direttiva non preclude la facoltà per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico dei cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno sia irregolare, per i quali l'applicazione della procedura istituita da tale direttiva ha condotto al rimpatrio e che entrano nuovamente nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un divieto di ingresso" (§ 30).

Obbligo di esibizione del passaporto e del titolo di soggiorno agli ufficiali e agenti di P.S.

L'art. 6, co.3, T.U., prevede una fattispecie contravvenzionale, punita con pena congiunta (arresto fino a un anno e ammenda fino a 2.000 €, quindi non obblazionabile), quando lo straniero, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato.

Trattasi di un reato proprio, perché il soggetto attivo è solo lo “straniero” nell’accezione di cui all’art. 1, co.1, T.U. (cittadino di paese non appartenente all’U.E. o apolide), il bene giuridico protetto è l’ordine pubblico, sotto lo specifico profilo delle attività amministrative volte alla rapida identificazione degli stranieri presenti sul territorio nazionale al fine di verificare la regolarità della loro presenza. La condotta tipica consiste nella mancata esibizione, senza giustificato motivo, dei documenti indicati dalla norma incriminatrice: è quindi un reato omissivo proprio, tuttavia l’obbligo di esibizione documentale presuppone la previa richiesta espressamente formulata da parte delle specifiche figure degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza, con la conseguenza che l’obbligo di esibizione non sussiste se la richiesta è formulata da soggetto non abilitato.

La contravvenzione in esame è stata riformulata dalla L. 94/2009: nella versione previgente si sanzionava la mancata esibizione del passaporto “ovvero” del titolo di soggiorno, mentre il legislatore del 2009 ha previsto l’obbligo di esibizione congiunta del passaporto “e” del titolo di soggiorno. A seguito di ampio dibattito giurisprudenziale, la Corte di Cassazione a sezioni unite (sotto la previgente disciplina) aveva concluso che mentre l’esibizione del titolo di soggiorno era inesigibile per lo straniero irregolare (non potendosi pretendere l’esibizione di ciò che non si possiede), altrettanto non potesse dirsi per la mancata esibizione del passaporto, documento rientrante *“nella sfera originaria di disponibilità dello straniero, antecedente, cioè, al suo ingresso nel territorio dello Stato”* (Cass. pen. SSUU 29.10.2003, n. 45801). Sicché, mentre lo straniero regolare era soggetto all’obbligo di esibizione di entrambi i documenti, quello irregolare aveva l’obbligo di esibire solo il passaporto.

La novella del 2009 era proprio volta a superare l’orientamento giurisprudenziale descritto e consolidato fin dal 2003. Nondimeno, anche a seguito dell’espressa previsione normativa dell’obbligo di esibizione documentale congiunta, l’orientamento della giurisprudenza di legittimità non è mutato nella sostanza.

Infatti, le Sezioni unite della Corte di cassazione, con sentenza 16453/11 depositata il 27/4/2011, dopo ampia e approfondita disamina dello “stato dell’arte”, hanno in sintesi statuito che:

- ai fini dell’adempimento del precetto normativo è necessaria la concorrenza dell’esibizione dei documenti d’identificazione unitamente a quella del titolo di soggiorno, avendo il legislatore consapevolmente operato la sostituzione della congiunzione da disgiuntiva (*ovvero*) a congiuntiva (*e*);
- scopo della modifica è quello di arginare l’uso di documenti contraffatti, prova ne sia l’introduzione – sempre ad opera della L. 94/09 – della punibilità ex art. 5 co. 8 bis

T.U. anche all'utilizzatore di documenti, contraffatti o alterati, relativi all'ingresso e al soggiorno;

- tale ricostruzione della fattispecie, tuttavia, non comporta la sua applicabilità allo straniero irregolare, perché egli, in quanto irregolarmente presente nel territorio dello Stato, non può essere titolare di permesso di soggiorno;
- pertanto l'individuazione del soggetto attivo del reato è circoscritta allo straniero regolarmente soggiornante;
- nel caso in esame deve prendersi atto che è intervenuta una modifica legislativa che ha escluso dall'ambito della fattispecie la condotta dello straniero irregolare, con conseguente *abolitio criminis* per gli stranieri in posizione irregolare;
- questa conclusione è avvalorata dall'esame dell'intero contesto normativo con cui si è modificato l'art. 6, co. 3 T.U., che ha visto l'estensione della punibilità per il reato di cui all'art. 5 co. 8 bis T.U. agli utilizzatori dei documenti falsi, e l'introduzione del reato c.d. di "clandestinità". Infatti il legislatore ha inteso facilitare gli operatori delle forze di polizia nell'individuazione degli stranieri irregolari, allo scopo di sottoporli alle sanzioni di cui all'art. 10 bis T.U. ed alle procedure volte alla rapida estromissione dallo Stato. A questo proposito la Corte opportunamente richiama la sentenza 250/2010 della Consulta laddove evidenzia come *"il legislatore mostra di considerare la sanzione penale come un esito <subordinato> rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente"*, per concludere che *" al legislatore interessa poco la sanzione penale per gli stranieri irregolari, interessa piuttosto attivare il meccanismo volto all'espulsione ..."*.

Passiamo ora in rapida rassegna le fattispecie non tipiche, ma più gravi

Falsità materiali nei documenti di ingresso e soggiorno

L'art. 5, co. 8 bis, T.U., prevede due distinte ipotesi delittuose connesse a falsità materiali finalizzate all'acquisizione delle autorizzazioni per l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri.

- a) È punito con la reclusione da uno a sei anni chiunque contraffà o altera un visto d'ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno (ora denominata permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo);
- b) è punito con la stessa pena chiunque contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto d'ingresso o reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno.

Se la falsità concerne un atto o parte di un atto facente fede fino a querela di falso la reclusione è da tre a dieci anni e la pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale.

Trattasi di reati comuni – possono essere commessi da “chiunque” - il bene giuridico protetto è la fede pubblica, e balza subito agli occhi l’elevato trattamento sanzionatorio: infatti, pur essendo reati commessi da privati (se il fatto è commesso da p.u. è aggravato), la pena comminata è identica a quella prevista dall’art. 476 c.p. che sanziona la falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici: da uno a sei anni di reclusione. Il legislatore ha dunque inteso sanzionare le condotte in esame con maggior rigore rispetto alle ipotesi codicistiche delle falsificazioni materiali commesse da privati.

Il fatto tipico consiste nella falsificazione materiale di documenti pubblici relativi all’ingresso e al soggiorno, con l’eccezione del contratto di soggiorno (previsto dall’art. 5 bis, T.U.) che è un documento privato, la cui contraffazione o alterazione è sanzionata indipendentemente dall’uso del contratto stesso.

L’elemento soggettivo richiesto per la prima delle due fattispecie è il dolo generico.

È invece più complesso lo studio della seconda fattispecie, relativa alla contraffazione o alterazione di documenti “al fine di “ ottenere il rilascio di uno dei documenti citati. Qui è evidente l’anticipazione della soglia di punibilità, nel senso che si punisce la falsificazione materiale di documenti prodromici al rilascio dei titoli d’ingresso e soggiorno: trattasi di fattispecie a consumazione anticipata, per cui è richiesto il dolo specifico e l’idoneità della condotta al conseguimento del rilascio del documento inerente l’ingresso o il soggiorno. Particolare attenzione desta l’ipotesi della falsificazione materiale di documenti finalizzati al rilascio del contratto di soggiorno, ove si riscontra un ulteriore arretramento della soglia di punibilità: infatti, si sanziona la falsificazione di documenti prodromici al contratto di soggiorno che, a sua volta, è atto prodromico al rilascio del permesso di soggiorno.

La norma in esame fa riferimento al rilascio del permesso di soggiorno e non anche al suo rinnovo: poiché i rispettivi procedimenti e provvedimenti sono differenti, stante il principio di tassatività delle norme penali incriminatrici, deve ritenersi che le condotte di falsificazione materiale di atti volti al rinnovo del permesso di soggiorno esulino dalla previsione normativa in esame e siano assoggettate alla disciplina codicistica.

Infine, con la riforma di cui alla L. 94/2009, si è esteso il perimetro delle fattispecie in esame anche all’utente dei documenti oggetto – diretto o indiretto – della falsificazione materiale.

Le fattispecie penali di favoreggiamento delle migrazioni illegali

Ad oggi abbiamo 4 differenti categorie di delitti, tutti riconducibili all'area dell'agevolazione dell'immigrazione clandestina:

1. il favoreggiamento dell'immigrazione illegale, art. 12, co. 1 e 3, con le relative aggravanti,
2. il favoreggiamento dell'emigrazione illegale, art. 12 co. 1 e 3, con le relative aggravanti,
3. il favoreggiamento della permanenza illegale, art. 12, co. 5,
4. la cessione di immobile e fornitura di alloggio a straniero privo di titolo di soggiorno, art. 12, co. 5 bis.

Esaminiamole separatamente.

Il favoreggiamento dell'immigrazione illegale

L'art. **12, co. 1** T.U. prevede : *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato ... è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000€ per ogni persona”*.

L'art. **12, comma 3**,T.U prevede una diversa ipotesi autonoma di reato che potremmo definire “qualificata” in quanto taluni elementi che, nelle versioni precedenti erano costitutivi di circostanze aggravanti, ora assurgono a fattispecie autonome di reato.

L'incipit è identico alla formulazione del 1° comma: *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, organizza, dirige, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da 5 a 15 anni e con la multa di 15.000€ per ogni persona nel caso in cui:*

- a) *il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di 5 o più persone;*
- b) *la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;*
- c) *la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza in Italia;*
- d) *il fatto è commesso da 3 o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;*
- e) *gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti.*

Soggetto attivo

Può essere “**chiunque**”, italiano, cittadino di altro Paese dell'U.E., cittadino di Paese non aderente all'U.E o apolide, dunque straniero secondo l'accezione di cui all'art. 1, co. 1, T.U., regolarmente o irregolarmente soggiornante. È pertanto un **reato comune**.

Ci si è posti il problema se sia configurabile l'autofavoreggiamento, cioè la rilevanza penale della condotta agevolatrice dell'ingresso di stranieri compiuta da uno straniero che sia anch'egli migrante, pensiamo al caso degli scafisti che affidano l'ultimo tratto del percorso ad uno dei soggetti trasportati, in prossimità delle coste italiane. A parte le difficoltà di ordine fattuale che, evidentemente, non possono che essere affrontate caso per caso, la questione in diritto potrebbe essere risolta dall'art. 5 del Protocollo sul traffico dei migranti annesso alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale, secondo cui – sotto la rubrica “*Responsabilità dei migranti*” – “*I migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'art. 6*”. L'art. 6 definisce i casi di “penalizzazione” che ogni Stato parte deve adottare nel diritto interno per contrastare il traffico di migranti.

Quindi, un'interpretazione dell'art. 12 che tenga conto del Protocollo in questione dovrebbe escludere la rilevanza dell'autofavoreggiamento del migrante irregolare.

Una decisione della Cassazione ha escluso che integri il reato in esame il caso di ingresso illegale di uno straniero che porti con sé la figlia minorenni (Cass. pen. Sez. I, 3.6.2010, n. 23872). Peraltro la stessa specificazione delle condotte: promuove, dirige, organizza, finanzia, tenderebbe a porre l'autore del reato nell'ambito di terzietà rispetto ai soggetti favoriti, anche se la dizione "*effettua il trasporto*" può indurre ad interpretazioni estensive, con rischio di una dilatazione abnorme delle condotte punibili.

Elemento oggettivo

Le condotte penalmente rilevanti sono amplissime, il fatto tipico consiste in qualsiasi attività diretta a favorire l'ingresso illegale degli stranieri in Italia, senza che sia necessario che l'evento si realizzi. Dunque è un reato a **forma libera e istantanea, e a consumazione anticipata, propria dei reati di pericolo.**

Allora la questione principale consiste nell'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie:

- l'idoneità della condotta al raggiungimento dello scopo, è un reato identico al tentativo, sotto il profilo strutturale;
- la contrarietà dell'ingresso definita in relazione al complesso delle disposizioni del T.U. immigrazione, definito in dottrina come requisito di illiceità speciale. L'ingresso è illegale quando avviene "*In violazione delle disposizioni del presente testo unico*", le norme che determinano la regolarità dell'ingresso sono dettate dall'art. 4, co. 1, T.U. , integrate dall'art. 5 Reg. (CE) 15.3.2006, n. 562/2006 – c.d. "Codice delle frontiere Schengen".

Al di fuori di queste ipotesi l'ingresso è di norma irregolare, anche se si è in presenza di situazioni specifiche che consentono la regolarizzazione amministrativa del soggiorno, come ad esempio, i numerosi casi di categorie protette indicate nell'art. 19 T.U che individuano i casi d'inespellibilità.

Inoltre, i presupposti per l'ingresso regolare variano a seconda della tipologia dell'ingresso: per motivi di lavoro, studio, ricongiungimento familiare ecc. sicché vi può essere

favoreggiamento ove si fornisca documentazione ideologicamente falsa volta a far apparire sussistenti i requisiti previsti dalla legge, per il rilascio del visto d'ingresso ai fini di ricongiungimento o di lavoro.... In quanto senza quella documentazione l'ingresso sarebbe *contra ius*.

Al fine di individuare compiutamente l'elemento oggettivo del reato, l'interprete deve :

- valutare l'idoneità della condotta posta in essere concretamente rispetto al fine dell'ingresso illegale,
- accertare l'oggettiva e inequivoca direzione degli atti rispetto al fine stesso, allo scopo di escludere la rilevanza penale di quelle condotte che non siano oggettivamente e univocamente orientate al suo raggiungimento, ma siano ad esse prodromiche .

E' quindi un **reato di pericolo concreto**, e in tal senso depone la modifica effettuata nel 2002 che ha sostituito la dizione "*attività dirette a favorire l'ingresso*" con "*atti diretti a procurare l'ingresso*", rimarcando così una maggior lesività del fatto materiale. Debbono pertanto essere esclusi dalla rilevanza penale gli atti meramente preparatori, magari soggettivamente indirizzati a favorire l'ingresso illegale, ma obiettivamente inidonei, e ciò al fine di non dilatare a dismisura l'area della rilevanza penale, e giungere ad un'interpretazione della fattispecie in linea con il principio di offensività.

Le condotte delle due ipotesi di favoreggiamento

L'art. 12, ai commi 1 e 3 disciplina due autonome fattispecie di reato, entrambe inerenti il favoreggiamento dell'ingresso illegale, di cui la seconda si pone in rapporto di specialità rispetto alla prima.

Dopo la riforma del 2009 sono state dettagliate meglio le condotte: promozione, direzione, organizzazione, finanziamento, trasporto, tuttavia ciascuna di queste condotte rappresenta una diversa modalità sicchè il delitto resta unico anche se l'agente ha realizzato una pluralità

di condotte tipiche, si tratta di specificazioni della più generale condotta di compiere “*atti diretti a procurare l’ingresso*”.

A queste condotte “**base**” si aggiungono gli **elementi costitutivi della fattispecie di cui al 3° comma, che, nelle previgenti versioni della norma costituivano circostanze aggravanti.**

La pena è da 5 a 15 anni e la multa di 15.000€ per ogni persona favorita se:

- A) il fatto riguarda l’ingresso o la permanenza di 5 o più persone;
- B) la persona trasportata è stata sottoposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l’ingresso o la permanenza;
- C) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l’ingresso o la permanenza.
- D) il fatto è commesso da 3 o più persone in concorso, o utilizzando servizi internazionali di trasporto, ovvero documenti contraffatti, alterati, o comunque illegalmente ottenuti
- E) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive

Le prime tre ipotesi prevedono, oltre all’ingresso, anche la “**permanenza**”**illegale**, e qui si ravvisa un’evidente asimmetria tra la prima parte della norma – che si riferisce esclusivamente agli atti diretti a procurare l’ingresso – e la seconda parte, in cui compare il concetto di “permanenza”. Siccome il reato di favoreggiamento della permanenza è previsto e punito al comma 5 dell’art. 12 (e in misura assai meno rilevante: la reclusione fino a 4 anni) si pone un evidente quesito interpretativo, volto a ricercare gli elementi differenziali delle due fattispecie.

L’elemento differenziale tra il 12 co. 5 e il 12 co. 3 sta in questo: il 12, co. 5 punisce condotte agevolatrici della permanenza illegale svincolate e scollegate dal favoreggiamento dell’ingresso (lo straniero è già in Italia) , mentre si versa nell’ambito del 12 co. 3 se lo straniero non si trova in Italia e ne è stato favorito l’ingresso illegale, anche in vista di una

successiva permanenza , se erano 5 o più persone, se c'è stato pericolo per la vita o l'incolumità, se è stato sottoposto a trattamento inumano o degradante.

Quanto alla lettera A) l'ingresso o la permanenza nello Stato di 5 o più persone non può evidentemente riferirsi al reato di favoreggiamento della emigrazione che tratteremo nel prosieguo.

Quanto alla lett. B) “esposizione a pericolo per la vita o l'incolumità personale” , la nozione di esposizione a pericolo è assai generica e c'è il rischio di interpretazioni eccessive con rilevanti conseguenze sanzionatorie . L'esposizione a pericolo deve avere determinato un rischio rilevante e concreto per la vita o l'incolumità della persona: elevato tasso di probabilità dell'evento lesivo in concreto, tale da comportare potenzialmente un notevole nocumento alla sua intergità fisica. Nesso causale tra la condotta posta in essere, la sua finalizzazione all'ingresso illegale e il rischio per la vita e l'incolumità: stretta correlazione tra il procurare l'ingresso ed esporre a pericolo. L'esposizione a pericolo è conseguente alle modalità con cui si cerca di procurare l'ingresso.

Quanto alla lett. C) sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, l'espressione è mutuata dall'art. 3 CEDU: è inumano quel trattamento che provoca volontariamente sofferenze psicofisiche intense, è degradante il trattamento meno grave di quello inumano, idoneo ad umiliare fortemente la persona davanti agli altri. È discusso se, nella specie, possa trovare applicazione anche l'aggravante ex art. 61 n. 4 cp “avere adoperato sevizie o aver agito con crudeltà verso le persone” , la tesi positiva fa leva sulla valenza oggettiva del trattamento inumano e degradante e su quella soggettiva dell'aggravante che riguarda l'atteggiamento personale del reo.

Infine, il reato di cui all'art. 497 bis cp (possesso di falsi documenti d'identità validi per l'espatrio) resta assorbito dal più grave delitto di cui all'art. 12, co. 3, poiché il 497 bis è elemento costitutivo del 12 co. 3.

Le **condotte** dei reati in esame spesso vengono **poste in essere almeno in parte all'estero**.
Le condotte commesse all'estero sono **punibili in Italia** a condizione che:

- siano collegate a condotte commesse in Italia, in ossequio al principio per cui il reato concorsuale si considera commesso in Italia da parte di tutti i concorrenti anche se taluno abbia operato stando all'estero;
- siano iniziate all'estero ma proseguite in Italia.

L'orientamento della cassazione (Cass., sez. I pen., 28 febbraio 2014 (dep. 27 marzo 2014), n. 14510) è nel senso di ritenere sussistente la giurisdizione italiana quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali. E' il caso della c.d. "nave madre", cioè un'imbarcazione grande da cui si stacca un natante fatiscente gremito di migranti in acque internazionali per il compimento dell'ultima tratta del viaggio, da cui parte la richiesta di soccorsi. In questi casi la condotta della "nave madre" è preordinata a far sì che le condotte terminali di sbarco siano riconducibili all'attività lecita dei soccorritori. Tuttavia, poichè la condotta posta in essere nelle acque extraterritoriali si lega idealmente a quella successiva da consumarsi in acque territoriali l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) *"è da ritenere ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e quindi sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente questi abbiano operato solo in ambito extraterritoriale"*

Elemento soggettivo

È il dolo generico. Dopo la riforma ad opera della legge 94/2009, il dolo specifico del profitto, anche indiretto, che prima era elemento specializzante della fattispecie di cui all'art. 12, co. 3 è diventato elemento integratore dell'aggravante di cui al comma 3 ter che si applica indistintamente sia alle fattispecie di cui al comma 1 che a quelle del comma 3.

Il favoreggiamento dell'immigrazione illegale e la tratta di persone(art. 601 cp.)

La questione si pone in relazione alla seconda parte dell'art. 601 cp laddove si punisce la condotta consistente nell'induzione a fare ingresso nel territorio dello Stato della persona trafficata mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità ecc. con la pena da 8 a 20 anni.

Partendo dalla diversità del bene giuridico tutelato tra i reati di favoreggiamento delle migrazioni – l'ordine pubblico e la sicurezza interna – ed il bene giuridico protetto dal delitto di tratta di persone – la libertà e la dignità della persona – in dottrina si è sostenuta la configurabilità del concorso tra le due fattispecie.

La giurisprudenza della Cassazione ha affermato, invece, che il delitto di favoreggiamento dell'ingresso nel territorio dello Stato del cittadino extracomunitario resta assorbito nel delitto di tratta di persone se l'ausilio all'ingresso illegale è stato realizzato per compiere il reato di tratta, e ciò in funzione della clausola di riserva “salvo che il fatto costituisca più grave reato” che costituisce l'*incipit* dell'art. 12 e che comporta l'applicazione dell'art. 601 cp., reato più gravemente punito (Cass. sez. V, 25.3.2010 n. 20740).

Il favoreggiamento dell'emigrazione illegale

L'illecito è costruito in modo assolutamente speculare alle ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione illegale ed è contenuto nelle stesse disposizioni di cui all'art. 12, co. 1 e 3, T.U.

La fattispecie è pertanto la seguente: *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri ovvero compie atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito ...”* con le stesse pene previste per il favoreggiamento dell'immigrazione.

Senonché, il “presente testo unico” nulla prevede a proposito dell'emigrazione, posto che si tratta di un complesso di disposizioni che regolano la disciplina dell'immigrazione e la condizione giuridica dello straniero. È quindi evidente che il presupposto di illiceità speciale della “violazione delle disposizioni del presente testo unico” non c'entra nulla rispetto a questa fattispecie. Conseguentemente che unico presupposto di illiceità speciale, con funzione tipizzante della fattispecie, risulta quello della “illegalità” dell'ingresso procurato dall'Italia nello stato estero di destinazione. Se, però, l'illegalità dell'ingresso in uno Stato estero va intesa nel senso della contrarietà ad un complesso di norme vigenti nel Paese straniero, ne

conseguenze che ci si trova di fronte ad una norma penale in bianco, il cui precetto è descritto attraverso il rinvio ad una legge straniera, quella del Paese estero di destinazione. A ciò si aggiunga che spesso non è agevole conoscere il Paese estero di destinazione del migrante favorito, ben potendo costui uscire dall'Italia attraverso un Paese confinante di mero transito, risultando così difficile conoscere la legislazione del Paese di destinazione (e quindi stabilire se, secondo la legislazione vigente in quello Stato, l'ingresso sarebbe illegale), specie se si tiene conto che si tratta di reati di pericolo, per cui non è necessaria la realizzazione dell'evento, ma si puniscono gli atti diretti a favorire l'emigrazione verso un Stato ignoto. Si è prospettata, pertanto, una violazione della riserva di legge in materia penale e del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatrice.

La Corte costituzionale, con sentenza 30.1.2009, n. 21, dichiarò la manifesta infondatezza della questione, precisando, peraltro, che *“l'illegalità dell'ingresso in altro Stato vada verificata alla stregua della disciplina dello Stato in cui il soggetto favorito intende recarsi e non già della normativa interna”* italiana. Aggiungendo che *“ ai fini del rispetto della riserva di legge in materia penale, deve essere il legislatore ad individuare il disvalore della condotta incriminata ... debbono essere adeguatamente identificate le norme straniere chiamate a integrare il precetto .. tenendo anche conto del fatto che l'ingresso in altro Stato è attività istituzionalmente oggetto di regolamentazione normativa. “Quale sia la condotta repressa è immediatamente percepibile: si intende colpire - indipendentemente dal raggiungimento dell'obiettivo - chi agevoli in qualunque modo un'altra persona (a prescindere dalla regolarità o meno della sua presenza in Italia) a varcare i confini di altro Stato in violazione delle norme di tale Stato che regolano l'ingresso di stranieri nel proprio territorio”*. Utile nella prassi è la conclusione del ragionamento della Corte *“ l'eventualità che, stante la configurazione della fattispecie come delitto a consumazione anticipata, lo Stato di destinazione del migrante clandestino non risulti individuabile con certezza, rappresenta una difficoltà di mero fatto nell'applicazione della norma. In effetti, ove persistesse un insuperabile dubbio sull'identificazione di detto Stato, e, con esso, sul carattere illegale o meno dell'emigrazione favorita, il favoreggiatore dovrebbe essere evidentemente assolto”*.

Favoreggiamento del transito in uno Stato estero al solo fine dell'attraversamento in vista del rimpatrio

Integra il reato di favoreggiamento dell'emigrazione illegale la condotta di chi compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale di uno straniero dall'Italia in uno Stato estero al fine del mero attraversamento per il rimpatrio?

La tesi favorevole alla rilevanza penale fa leva sull'assenza di un titolo che legittimi l'ingresso in altro Stato, a nulla rilevando le ragioni dell'ingresso in relazione allo stanziamento oppure al mero transito, (Cass. sez. I, 29.10.2003), anche perché lo straniero irregolare in Italia può recarsi in questura e chiedere di essere rimpatriato, magari con le forme del rimpatrio volontario. Inoltre, è un reato di pericolo, quindi si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti, senza che assumano rilevanza la durata e le ragioni del trasferimento.

La tesi opposta fa leva sulla nozione di immigrazione/emigrazione associata ad una prospettiva di stabilità, al *favor* che il nostro ordinamento prevede verso lo straniero irregolare che rientra nel Paese di origine (al punto che nemmeno può essere perseguito ex art. 10 bis – co. 2 – ove identificato in uscita), ed al requisito – previsto dall'art. 12 - della mancata titolarità dello straniero favorito di un *titolo di residenza permanente* nello Stato di destinazione, il che conferma che la condotta in esame deve essere connotata da un minimo di stabilità, cosa che non accade in caso di mero transito.

Le circostanze aggravanti

Sono previste due tipi di aggravanti.

Quelle del comma 3 bis dell'art. 12, che si applicano solo al reato di cui all'art. 12, co. 3, qualora i fatti ivi indicati siano commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a,b,c,d,e del medesimo comma, in tali casi la pena è aumentata fino a un terzo (art. 64 c.p.);

quelle a **effetto speciale di cui al comma 3 ter** che si applicano indistintamente sia ai fatti di cui all'art. 12 co. 1 che a quelli del comma 3, ricorrendo le quali la reclusione è aumentata da un terzo alla metà e la multa è di 25.000€ per ogni persona favorita.

Tali ultime aggravanti si verificano se:

- i fatti sono commessi al fine di **reclutare persone** da destinare alla **prostituzione** o allo **sfruttamento sessuale o lavorativo**, oppure riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento
- i fatti sono commessi **al fine di trarre profitto, anche indiretto**.

Il dolo specifico connota queste aggravanti.

Con riferimento all'aggravante del reclutamento di persone da destinare alla prostituzione, la giurisprudenza ne esclude il carattere di specialità e sussidiarietà con il reato di cui all'art. 3, co. 2, nn. 6 e 7, L. 75/1958 (induzione di un persona a recarsi in altro Stato al fine di esercitarvi la prostituzione; esercizio di attività in associazioni nazionali od estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione) , in ragione della diversità degli interessi tutelati dalle rispettive norme: mentre i reati dell'art. 12 sono posti a salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, i reati della **legge Merlin** sono volti a impedire l'induzione alla prostituzione o a favorirne la diffusione. Pertanto gli illeciti dell'art. 12 aggravato concorrono con le fattispecie della legge Merlin.

Per quanto concerne l'aggravante del favoreggiamento dell'ingresso illegale a fini di **sfruttamento lavorativo** si pone la questione dell'assorbimento di questo reato in quello previsto e punito dall'art. 22, co. 12 bis lett. c) T.U. , cioè il reato del datore di lavoro che assume alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del titolo di soggiorno sottoponendoli a condizioni lavorative di particolare sfruttamento. A me pare che se il favoreggiatore è anche datore di lavoro si debba applicare la sanzione più grave prevista dall'art. 12 aggravato, viceversa il datore se non ha posto in essere condotte adjuvanti risponderà ex art. 22, co. 12 bis, lett. c).

Quanto all'aggravante del **fine di trarre profitto**, anche indiretto, occorre sottolineare che la norma non richiede che il profitto sia anche "ingiusto" o "derivante dalla condizione di illegalità dello straniero", con ciò si differenziano le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso da quella della permanenza illegale di cui all'art. 12, co. 5, TU , che è fattispecie connotata da tale forma di dolo specifico.

L'attenuante della collaborazione

L'art. 12, co. 3 quinquies, prevede che *“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”*. È un circostanza ad effetto speciale, di contenuto premiale, che si configura quando si verificano alternativamente le modalità descritte dalla norma, per cui non è sufficiente un atteggiamento confessorio o di resipiscenza, magari in un quadro probatorio che aveva già individuato i responsabili, il contributo deve esser determinante rispetto:

- alla raccolta di elementi di prova decisivi,
- alla individuazione o cattura dei correi,
- per la sottrazione di risorse rilevanti,

quindi l'attenuante della collaborazione presuppone che l'attività criminosa sia ancora in corso.

Il concorso di circostanze

L'arr. 12, co. 3 quater prevede che *“le circostanze attenuanti, diverse da quelle di cui agli artt. 98 e 114 cp, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti e la diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle aggravanti”*, quindi è esclusa qualsiasi forma di bilanciamento. La *ratio* è quella di ridurre l'ambito di incidenza della discrezionalità del giudice.

La scriminante umanitaria

L'art. 12, co. 2, T.U. prescrive che *“fermo restando quanto previsto dall'art. 54 cp (causa di giustificazione dello stato di necessità) 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”*. È una causa di giustificazione che si estende a tutte le ipotesi di reato, che trova la sua *ratio* nella valutazione del legislatore che ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico connesso alle attività di soccorso ed assistenza degli stranieri irregolari (straniero *comunque presente*) rispetto alle esigenze di ordine pubblico e di tutela delle frontiere.

La scriminante in parola ha una portata più ampia rispetto allo stato di necessità: mentre l'art. 54 cp richiede l'esistenza *“ di un pericolo attuale di un danno grave alla persona”*, l'art. 12. co. 2 richiede che lo straniero versi in *“condizioni di bisogno”* . La condotta deve concretarsi in:

- attività di soccorso, quindi in ambito sanitario o alimentare
- assistenza umanitaria , quindi in una prospettiva teleologica di ampia portata, insuscettibile di definizioni aprioristiche , oggetto di valutazione caso per caso.

Le attività di soccorso e assistenza devono essere prestate in Italia,ma non si dimentichi che anche la nave italiana è territorio dello Stato.

Profili processuali

Per i reati di cui all'art. 12, commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza, la legge 94/09 ha abrogato la previsione di giudizio direttissimo atipico, salvo che siano necessarie speciali indagini, prima vigente.

Ai sensi dell'art. 12, co. 4 bis, T.U., *“Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere , salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulta che non sussistono esigenze cautelari”*. La Corte costituzionale, con sentenza 16.12.2011, n. 331, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo comma nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di

colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 di questo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Le fattispecie minori di favoreggiamento: brevi cenni

Il comma **5 dell'art. 12** prevede un'ipotesi di favoreggiamento della permanenza illegale di chi *al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero favorisce la sua permanenza nel territorio dello Stato, in violazione delle norme del TUI* punita con la reclusione fino a 4 anni e con la multa fino 15.493 €.

V'è da notare che non qualsiasi condotta adiuvante l'irregolarità della permanenza costituisce reato, ma solo se sorretta dal **dolo specifico** consistente nel trarre un profitto che si qualifica come ingiusto proprio perché correlato alla condizione di illegalità - cioè di inferiorità e di debolezza - dello straniero. **Presupposto della fattispecie è pertanto la irregolarità amministrativa dello straniero nel territorio dello Stato.** Conseguente che l'illecito non possa configurarsi nei confronti di chi è in posizione di regolarità del soggiorno e, ad es., chiedi il rinnovo del titolo di soggiorno: in tal caso, la produzione di documentazione falsa volta ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno (false assunzioni o false buste paga per far figurare esistenti i requisiti reddituali) comporterà la responsabilità in ordine a reati di falso, materiale o ideologico, ma non certo per la fattispecie in esame, proprio perché il richiedente il rinnovo del titolo di soggiorno è in una condizione di regolarità sul piano amministrativo, posto che ovviamente non si può chiedere il rinnovo di un'autorizzazione mai posseduta.

Con la legge 125/2008 è stata introdotta la fattispecie di cui all'art. **12, co. 5 bis** TU che sanziona con la reclusione da 6 mesi a 3 anni chiunque, a titolo oneroso, al fine di trarre un ingiusto profitto (non dalla condizione di illegalità dello straniero, ma qui l'ingiustizia del profitto è data dal pagamento in nero del canone), dà alloggio ovvero cede anche a titolo di

locazione, un immobile a uno straniero che sia privo del titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione. Quest'ultima precisazione, introdotta con la legge 94/2009, è molto rilevante perché non obbliga il proprietario dell'immobile a controllare costantemente la scadenza del titolo di soggiorno, ma solo all'atto della stipula o del rinnovo della locazione: la questione era sorta perché mentre la locazione è ordinariamente quadriennale, il permesso di soggiorno ha durata biennale, sicché ben poteva verificarsi il caso che il titolo di soggiorno venisse a scadenza durante la locazione ed il proprietario rischiasse l'incriminazione conseguente, ove l'inquilino non avesse chiesto e ottenuto il rinnovo del permesso di soggiorno.

Va sottolineato che la condanna irrevocabile, anche a seguito di applicazione pena, ed anche se condizionalmente sospesa, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato.

Le conseguenze extrapenali delle sentenze di condanna

Innanzitutto v'è una differenza di fondo da tenere ben presente: mentre per la legge penale è straniero chiunque non abbia la cittadinanza italiana, la normativa di settore, di derivazione europea distingue tra cittadini dell'U.E. e cittadini di paesi non appartenenti all'U.E. stabilendo distinte situazioni giuridiche.

Tecnicamente, la definizione di "straniero" derivante dall'art. 1, co. 2. T.U. 286/98 comprende i cittadini di paesi non appartenenti all'U.E. e gli apolidi, a loro e solo a loro si applicano le disposizioni del T.U.

Mentre la condizione giuridica dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, che possono anche non essere cittadini dell'U.E., è disciplinata dal D. Lgs. 30/2007 di attuazione della Direttiva 2004/38/CE.

Le conseguenze amministrative di una sentenza penale di condanna rispetto agli stranieri variano se costoro hanno la cittadinanza dell'U.E. oppure no.

Le conseguenze extrapenali della sentenza penale di condanna nei confronti di uno "straniero" (cittadino di paese extraUE o apolide).

Ai sensi dell'art. 4, co. 3, TU, non è ammesso in Italia lo straniero che risulti condannato - anche con sentenza non definitiva, compresa quella di "patteggiamento" ex art. 444 c.p.p. - per uno dei reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380, co. 1 e 2, c.p.p. (indipendentemente dal fatto che nel caso di specie l'arresto sia stato effettivamente disposto), ovvero per qualsiasi reato inerente:

- gli stupefacenti (D.P.R. 309/90),
- la libertà sessuale;
- il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati (art. 12 T.U.);
- il reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite.

Ai sensi dell'art. 5, co. 5, TU, il permesso di soggiorno non può essere rilasciato o rinnovato, e se concesso deve essere revocato, quando vengono meno le condizioni per l'ingresso in Italia.

È invece richiesta la condanna con sentenza irrevocabile per impedire l'ingresso in Italia dello straniero condannato per violazione della normativa a tutela dei diritti d'autore (L. 633/1941) e degli artt. 473 e 474 c.p.

Il legislatore italiano ha quindi previsto un rigido automatismo comportante il divieto d'ingresso sul T.N. in presenza di sentenze di condanna - anche se non definitive o se rese a seguito di patteggiamento - relative ai titoli di reato sopra indicati. Indipendentemente dalla gravità del fatto, dal riconoscimento di attenuanti, dalla concessione della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna, dall'entità della pena, dall'applicazione di misure precautelari (arresto in flagranza) e cautelari personali, se il titolo di reato per cui v'è stata condanna rientra nell'elenco dell'art. 380 c.p.p. o in quelli tassativamente previsti e sopra riportati, lo straniero non è ammesso in Italia, a nulla rilevando la specifica vicenda processuale e la valutazione - in termini di minore o maggiore gravità del fatto - operata dal giudice penale. Vi è quindi una presunzione di pericolosità, dettata dal legislatore, in presenza di condanne per determinati titoli di reato,

che impedisce l'ingresso (e la permanenza) dello straniero in Italia, salvo che sia intervenuta riabilitazione o dichiarazione di estinzione del reato ai sensi dell'art. 445 c.p.p. La Corte costituzionale ha sempre salvato questa previsione automatica, che prescinde dall'accertamento in concreto della pericolosità del condannato anche non definitivo, sul presupposto che rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere a quali condizioni uno straniero abbia diritto d'ingresso e soggiorno in Italia, e che non è affatto irragionevole prevedere che ad una persona che abbia riportato una condanna per un titolo di reato che rientra astrattamente nel novero di quelli per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, sia inibito l'ingresso ed il soggiorno nel nostro Paese.

Queste rigide previsioni si attenuano se vi è stato il ricongiungimento familiare, in tal caso la PA amministrazione deve valutare le contrapposte esigenze connesse all'interesse pubblico dello Stato a negare il diritto al soggiorno di un condannato e quello di cui è portatore lo straniero e il suo nucleo familiare.

Nell'adottare il provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal Prefetto per motivi di **irregolarità dell'ingresso o del soggiorno** (art. 13, co. 2, lett. a) e b), T.U.) – con esclusione, quindi, dei motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), T.U.) – nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, T.U., il prefetto deve valutare non soltanto le ragioni che giustificano l'adozione dell'espulsione, ma anche i seguenti altri elementi:

- **natura ed effettività dei vincoli familiari** dell'interessato,
- **durata del suo soggiorno** nel territorio dello Stato,
- **esistenza dei legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine.**

Tale previsione è contenuta nell'art. 13, co. 2 bis, T.U. ed è stata introdotta con D. Lgs. 5/2007 in attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

In tema di ingresso e soggiorno di cittadini stranieri, l'art. 5, co. 5, T.U., prevede una disposizione analoga a quella di cui all'art. 13, co. 2 bis, citata. Si legge infatti che: *“Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento*

familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene conto anche della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese di origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”.

Come noto, la **sentenza n. 202/2013 della Corte costituzionale** ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale del citato art. 5, co. 5, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che “abbia legami familiari nel territorio dello Stato”**, coronando così un indirizzo giurisprudenziale già orientato a valorizzare i legami familiari esistenti in Italia, indipendentemente dal fatto che si fosse fatto ricorso all'istituto del ricongiungimento familiare ex art. 29, D.Lgs. 286/98.

E' importante richiamare i passaggi più importanti della motivazione della sentenza 202/2013 della Consulta. Si legge che ***“la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati. Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari”***. Inoltre la Corte rammenta che l'**art. 8 CEDU** esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale.

Occorre arrivare ad un'**interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13, co. 2 bis, D.Lgs. 286/98, alla luce dei principi espressi dalla sentenza 202/2013 della Consulta** e, pertanto, estendere la protezione rafforzata che è prevista in tema di rilascio/rinnovo del

permesso di soggiorno per chi abbia vincoli familiari “di fatto” meritevoli di tutela al pari di chi ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, anche alle ipotesi di espulsione per irregolarità dell’ingresso o del soggiorno.

Le previsioni non sono automatiche se il condannato ha la c.d. “ carta di soggiorno”, permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Le stesse previsioni si elidono se si tratta di persone inespellibili ex art. 19 TU.

La questione dell’art. 73 co. V.

Nonostante l’illecito in questione rientri *quoad poenam* nell’ambito dell’art. 381 c.p.p., la disposizione di cui all’art. 4, co. 3, T.U.I ne estende l’ostatività all’ingresso (e conseguentemente al soggiorno in virtù dell’art. 5, co. 5, T.U.I.) grazie al riferimento ai “reati inerenti gli stupefacenti” operato dalla norma stessa. Alcuni TAR, tra cui quello piemontese ritengono che la condanna non sia ostativa, rientrando nel 381 c.p.p.

Va segnalata una 26 questione di legittimità costituzionale sollevata da Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento in data 16.12.2013. Il Collegio ha sollevato la questione con riferimento agli *“articoli 4, comma 3, e 5, comma 5, del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in relazione all’articolo 3 della Costituzione, nella parte in cui fanno derivare automaticamente il rigetto dell’istanza di rinnovo del permesso di soggiorno del cittadino extracomunitario dalla pronuncia, nei suoi confronti, di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l’art. 381 del cod. proc. pen. prevede l’arresto facoltativo in flagranza, senza consentire che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.”* Analogo discorso potrebbe valere per la violenza sessuale ex art. 609 bis, co. 3, c.p. dove per i fatti di minor gravità è previsto l’arresto facoltativo.

Con sentenza 277/2014 la Consulta dichiarò inammissibile la questione sul presupposto che fosse evidente “l’intendimento del legislatore di assumere a paradigma ostativo non certo la gravità del fatto in sé e per sé considerata ... quanto la specifica natura del reato, riposando la sua scelta su una esigenza di conformazione agli impegni di inibitoria di traffici riguardanti determinati settori reputati maggiormente sensibili”. In questa prospettiva,

l'introduzione di un modello solo "quantitativo" - cioè con riferimento ai limiti edittali di pena ed alla gravità in concreto del fatto - comporterebbe la creazione di un sistema del tutto nuovo, diverso da quello voluto dal legislatore; di qui l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che imporrebbe alla Corte un intervento manipolativo ed additivo della voluntas legis che esula dalle attribuzioni del Giudice delle leggi, in assenza di contrasto con i parametri costituzionali evocati.

Le conseguenze extrapenali delle sentenze di condanna nei confronti di un cittadino U.E. o dei suoi familiari che abbiano la cittadinanza di un paese terzo

Nessun automatismo è previsto per i cittadini UE e per i loro familiari in conseguenza di sentenze di condanna, circa il diritto di soggiorno e libera circolazione negli Stati membri.

Ai sensi dell'art. 20, co. 4, D.Lgs. 30/2007 l'amministrazione non può motivare la decisione di allontanamento esclusivamente con l'esistenza di condanne penali.

Tuttavia le condanne possono costituire indici rilevatori di pericolosità e supportare provvedimenti di allontanamento per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, ma nel rigoroso rispetto dei principi di proporzionalità e solo se risulti che la condotta rappresenta una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza.

