

LA DISCIPLINA DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

a cura di Paolo Passaglia

PRESENTAZIONE

FRANCIA

di Philippe Astesiano

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

REGNO UNITO

di Paolo Passaglia

SPAGNA

di Carmen Guerreo Picó

STATI UNITI

di Alessandra De Stefanis

PRESENTAZIONE

Con la presente ricerca vengono analizzati gli ordinamenti di alcuni paesi occidentali nei quali il fenomeno dell'immigrazione (regolare ed irregolare) ha assunto ed assume un particolare rilievo. Oggetto precipuo di indagine è la disciplina dell'immigrazione irregolare e dei profili sanzionatori ad essa connessi, a proposito dei quali si evidenziano soluzioni anche marcatamente diverse.

La *summa divisio* che può tracciarsi è tra quei paesi nei quali l'ingresso e/o il soggiorno irregolare vengono sanzionati a livello penale e quelli in cui, invece, la reazione dell'ordinamento si sostanzia in sanzioni di tipo amministrativo. Nella prima categoria figurano i paesi, tra quelli qui analizzati, nei quali più risalente è la constatazione di consistenti flussi immigratori in entrata, ora per motivi legati al passato coloniale (Francia e Regno Unito), ora per ragioni più squisitamente economiche (Germania e Stati Uniti). Nella seconda categoria figura la Spagna, nel cui sistema giuridico è punito, con una sanzione amministrativa, soltanto il soggiorno irregolare (e non anche l'ingresso irregolare in sé e per sé considerato).

La scelta tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa non è, peraltro, sempre lineare. Il caso della Germania, al riguardo, è paradigmatico, nella misura in cui le tipologie di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno si caratterizzano, in ragione della mutevole gravità delle infrazioni, per un articolato spettro di sanzioni, penali in certi casi ed amministrative in altri.

Sotto un diverso profilo, l'opzione in favore della configurazione dell'immigrazione irregolare alla stregua di un reato non implica necessariamente un trattamento di questa che possa essere *in toto* assimilato a quello riservato ad un qualunque altro reato. Al riguardo, è significativo che, tanto in Francia quanto nel Regno Unito, ad esempio, il procedimento penale sia posto in alternativa alla reazione immediata consistente nell'allontanamento dello straniero in via amministrativa.

Questa tematica si interseca (e si compenetra) con quella relativa alla reazione dall'ordinamento prevista, in generale, per lo straniero che delinque. In tutti gli ordinamenti presi in considerazione (anche in quello spagnolo, il più "aperto" nei confronti dei migranti), per gli stranieri che delinquono si apre la possibilità, sussistendo ovviamente determinate condizioni (ora più ora meno rigorose), di essere allontanati dal territorio nazionale. Con ciò, l'allontanamento, che è – almeno nella prassi – una sanzione "normale" per la condotta di immigrazione irregolare, diviene una sanzione specifica nel caso di compimento di altri reati, sanzione che talora sostituisce quella detentiva e che talaltra (è il caso, soprattutto, degli Stati Uniti) si pone come una pena accessoria rispetto alla principale.

È, dunque, nella possibilità di allontanamento che si coglie, in special modo, la peculiarità della situazione dello straniero che delinque. Ma sul punto non è dato riscontrare una differenziazione netta ed uniforme tra stranieri regolari e stranieri irregolari, giacché non è la qualificazione soggettiva, bensì il tipo di reato commesso ad incidere, generalmente, sulla determinazione del tipo di sanzione da irrogare.

Una differenziazione tra stranieri regolari e stranieri irregolari si può di contro constatare – con l'eccezione, ovviamente, della Spagna – in considerazione della normale sussistenza di un concorso di reati, allorché lo straniero irregolare commetta un (altro) reato: al reato commesso si somma, infatti, nei paesi in cui è previsto, il reato di immigrazione irregolare. Per questo motivo, si è ritenuto opportuno

fornire, per tutti i sistemi in cui il reato in questione è stato introdotto, un quadro, pur estremamente sommario, della disciplina del concorso di reati, onde evidenziare quali siano le conseguenze cui l'immigrato irregolare che delinque va incontro "automaticamente", cioè per il semplice fatto di trovarsi in posizione di irregolarità.

La situazione dello straniero irregolare, tuttavia, può sovente essere presa in considerazione anche sotto una diversa angolatura, e cioè non già sotto l'ottica dell'avvenuto compimento di una condotta integrante un fatto-reato (ingresso o soggiorno irregolare), bensì sotto quella delle condizioni socio-economiche in cui versa il soggetto, condizioni dalle quali, in astratto, potrebbero trarsi elementi atti a qualificarlo come socialmente pericoloso ovvero come meritevole di una certa indulgenza, in relazione alla situazione di disagio (talvolta estremo) che vive.

A questo proposito, è da sottolineare come le soluzioni offerte dai vari ordinamenti presentino tratti di similitudine e tratti di discrepanza. La similitudine consiste nella assenza di una equazione tra immigrazione irregolare e pericolosità sociale (assenza che si apprezza a livello di prassi e, qualche volta, anche nelle forme di divieti di discriminazione, come nel caso degli Stati Uniti). La discrepanza è, invece, sussistente per quel che concerne la rilevanza del disagio socio-economico in funzione di mitigazione delle sanzioni da irrogare: alla tendenziale esclusione di ogni considerazione in tal senso che si riscontra nelle esperienze anglo-americane, si contrappongono le parziali aperture presenti nella prassi tedesca, ma soprattutto quelle che caratterizzano l'ordinamento spagnolo.

FRANCIA

Sommario

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dell'immigrato irregolare

1.1. La risposta sul piano penale

1.2. La risposta sul piano amministrativo: l'accompagnamento alla frontiera

(a) Definizione dell'accompagnamento alla frontiera

(b) Gli stranieri protetti contro l'accompagnamento alla frontiera

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta altre infrazioni

2.1. Cenni sul concorso di infrazioni

2.2. L'interdizione dal territorio francese come sanzione nei confronti degli stranieri che commettano infrazioni

(a) Definizione dell'interdizione dal territorio francese

(b) Gli stranieri protetti contro l'interdizione dal territorio francese

3. L'immigrazione irregolare come elemento della vita anteatta dello straniero che delinque

3.1. Cenni sulla commisurazione della pena

3.2. Il delitto di immigrazione irregolare nella vita anteatta: la sua incidenza sulla determinazione della pena per altra infrazione

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dell'immigrato irregolare

In Francia, l'adozione di una politica di controllo dei flussi migratori risale agli anni settanta. Creato nel 2007, su impulso del Presidente della Repubblica, Nicolas Sarkozy, e del Primo ministro, François Fillon, il ministero dell'immigrazione, dell'integrazione, dell'identità nazionale e della partecipazione allo sviluppo (denominato oggi «ministero dell'immigrazione, dell'integrazione, dell'identità nazionale e dello sviluppo solidale») si occupa di molti aspetti della politica dell'immigrazione che erano in precedenza di competenza di parecchi ministeri. La lotta contro l'immigrazione irregolare è una priorità assoluta di questo nuovo ministero¹.

Nell'ordinamento francese, l'ingresso ed il soggiorno irregolari sul territorio nazionale costituiscono infrazioni², e più precisamente delitti, che espongono il loro autore a diverse sanzioni³.

Uno straniero può trovarsi in situazione irregolare in diverse ipotesi. Ad esempio, una prima è quella in cui lo straniero sia entrato in Francia senza essere in possesso dei documenti richiesti. Uno straniero è anche in situazione irregolare nel caso in cui sia rimasto oltre tre mesi sul territorio francese senza richiedere un titolo di soggiorno, a meno che non fosse dispensato da questo obbligo. Inoltre, uno straniero si trova in situazione irregolare se si è trattenuto in Francia senza chiedere il rinnovo del titolo di soggiorno scaduto.

Nella maggior parte dei casi, l'amministrazione scopre che uno straniero è in situazione irregolare in seguito ad un accertamento dell'identità. Se quest'ultimo rivela che la persona accertata è straniera, le autorità di polizia procedono alla verifica della regolarità della sua situazione. Conformemente all'art. L. 611-1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, gli stranieri devono essere in grado di presentare alle autorità di polizia abilitate ad effettuare un accertamento dell'identità gli atti o i documenti che li autorizzano a circolare o a soggiornare sul territorio francese.

Nel caso in cui le autorità di polizia constatino che lo straniero è in situazione irregolare, due soluzioni sono concepibili: deferire lo straniero davanti al tribunale correzionale perché siano pronunciate sanzioni penali, oppure condurre lo straniero dinanzi al prefetto, il quale disporrà l'accompagnamento alla frontiera.

¹ Da notare è che in una lettera di missione in data 31 marzo 2009, il Presidente della Repubblica ed il Primo ministro hanno specificamente chiesto al ministro dell'immigrazione, dell'integrazione, dell'identità nazionale e dello sviluppo solidale, Éric Besson, di accrescere la lotta contro l'immigrazione clandestina: v. J.M. LECLERC, *Besson chargé d'accroître la lutte contre les clandestins* (Éric Besson incaricato di intensificare la lotta contro i clandestini), in *Le Figaro*, 6 aprile 2009 (cfr. Rassegna della stampa estera n. 114 – 1-15 aprile 2009).

² Nell'ordinamento francese, il termine «infrazione» comprende i crimini, i delitti e le contravvenzioni (art. 111-1 del Codice penale).

³ Conviene precisare che anche ogni persona (fisica o giuridica) che aiuta uno straniero ad entrare o a soggiornare irregolarmente sul territorio francese incorre in sanzioni. Difatti, conformemente all'art. L. 622-1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, ogni persona che, con aiuto diretto o indiretto, ha favorito o ha provato a favorire l'ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolari di uno straniero in Francia incorre nella pena della detenzione di cinque anni e nell'ammenda di 30 000 €. Alcune pene aggiuntive, previste dall'art. L. 622-3, possono essere pronunciate: tra le altre, la sospensione della patente o la confisca dei veicoli utilizzati per commettere l'infrazione. Il legislatore ha tuttavia menzionato, all'art. L. 622-4, l'elenco delle persone che non possono essere perseguite per avere aiutato uno straniero a soggiornare irregolarmente in Francia. Questo elenco include segnatamente gli ascendenti, i discendenti, i fratelli e le sorelle dello straniero. Per ulteriori informazioni sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, v., ad esempio, GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 147-149.

1.1. La risposta sul piano penale

Nell'ordinamento francese, l'immigrazione irregolare è sanzionata penalmente.

Ai sensi dell'art. L. 621-1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, lo straniero che è entrato o ha soggiornato in Francia senza essere in possesso dei documenti richiesti per legge, oppure che si è trattenuto sul territorio nazionale oltre il termine previsto dal suo visto, incorre nella pena della detenzione per un anno e nell'ammenda di 3.750 €.

Il secondo comma dell'articolo precitato precisa che il giudice penale può pronunciare contro lo straniero condannato per immigrazione irregolare una pena di interdizione dal territorio francese per un periodo di tempo non superiore a tre anni. Riservata agli stranieri, questa pena implica il divieto di entrare o di soggiornare in Francia. L'interdizione dal territorio francese provoca l'accompagnamento del condannato alla frontiera, se del caso al termine dell'esecuzione della pena della detenzione⁴.

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Schengen, le stesse sanzioni sono applicabili allo straniero che non abbia rispettato le norme da esso recate. È il caso dello straniero che non è in possesso di documenti di viaggio, di visto o di risorse economiche sufficienti al suo sostentamento. È anche il caso dello straniero che entra sul territorio nazionale essendo stato segnalato ai fini della non ammissione in applicazione di una decisione esecutiva assunta da un altro Stato firmatario del Trattato.

In concreto, nella maggior parte dei casi, il giudice penale condanna l'immigrato irregolare alla pena detentiva accompagnata dall'interdizione dal territorio francese per tre anni.

1.2. La risposta sul piano amministrativo: l'accompagnamento alla frontiera

(a) Definizione dell'accompagnamento alla frontiera

Al pari dell'interdizione dal territorio francese, l'accompagnamento alla frontiera costituisce un provvedimento teso all'allontanamento dello straniero. La decisione di accompagnamento alla frontiera è un decreto in cui il prefetto dà ordine di accompagnare uno straniero alla frontiera terrestre, marittima o aerea.

Da notare è che, fino al 2003, il decreto di accompagnamento alla frontiera poteva solo concernere gli immigrati irregolari. Tuttavia, la legge del 18 marzo 2003 (per la sicurezza interna) e quella del 26 novembre 2003 (relativa al controllo dell'immigrazione, al soggiorno degli stranieri in Francia ed alla nazionalità) hanno previsto che tale decreto possa anche riguardare uno straniero in situazione regolare. Ciò in due casi: se il suo atteggiamento costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, oppure se svolge un'attività professionale stipendiata senza autorizzazione (ultimo comma dell'art. L. 511-1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo).

Ai sensi dell'art. L. 512-2 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo,

⁴ Oltre all'ingresso o al soggiorno irregolari, la pena dell'interdizione dal territorio francese può essere pronunciata per altre infrazioni (su questa pena, v. *infra*, par. 2.2.).

il decreto di accompagnamento alla frontiera può essere impugnato innanzi al giudice amministrativo, nel termine di quarantotto ore dalla notifica, per chiederne l'annullamento. Il giudice decide entro le settantadue ore successive alla richiesta. L'esecuzione del decreto resta sospesa fino alla decisione del giudice e si applicano le misure di internamento previste dal Titolo V del Libro V del Codice.

Lo straniero che si sia sottratto o abbia tentato di sottrarsi all'esecuzione del decreto di accompagnamento alla frontiera incorre nella pena della detenzione per tre anni. La stessa pena è applicabile nel caso in cui lo straniero non abbia presentato all'autorità amministrativa competente i documenti necessari alla esecuzione del decreto o, in mancanza di essi, non abbia comunicato i dati che consentono questa esecuzione o abbia comunicato dati falsi circa la sua identità (art. L. 624-1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo).

(b) Gli stranieri protetti contro l'accompagnamento alla frontiera

Gli stranieri non possono essere oggetto di un decreto di accompagnamento alla frontiera se appartengono ad una delle seguenti categorie (art. L. 511-4 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo):

- stranieri minori;
- stranieri che dimostrano, con ogni mezzo, di risiedere abitualmente in Francia dall'età di tredici anni;
- in linea di principio, stranieri che risiedono regolarmente in Francia da oltre dieci anni;
- stranieri che risiedono regolarmente in Francia da oltre venti anni;
- stranieri che sono padre o madre di un minore francese che risiede in Francia, a condizione che contribuiscano effettivamente al mantenimento ed all'educazione del minore alle condizioni previste dal Codice civile dalla sua nascita o da almeno due anni;
- stranieri sposati da almeno tre anni ed il cui coniuge sia francese, a condizione che la convivenza non sia cessata successivamente al matrimonio;
- stranieri residenti abitualmente in Francia da dieci anni e sposati da almeno tre anni con uno straniero che risiede abitualmente in Francia dall'età di tredici anni, a condizione che la convivenza non sia cessata successivamente al matrimonio;
- stranieri titolari di una rendita per infortunio sul lavoro o per malattia professionale erogata da un ente francese ed il cui tasso di invalidità permanente sia superiore o pari al 20%;
- stranieri residenti abitualmente in Francia il cui stato di salute necessiti di un intervento medico la cui mancanza potrebbe provocare conseguenze estremamente gravi;
- cittadini dell'Unione europea, dello Spazio economico europeo o della Svizzera che beneficino del diritto al soggiorno permanente ed i membri della loro famiglia;
- cittadini di paesi terzi che sono membri della famiglia di un cittadino dell'Unione europea, dello Spazio economico europeo o della Svizzera, salvo nel caso in cui il decreto di accompagnamento alla frontiera sia assunto in reazione ad una minaccia per l'ordine pubblico.

Sono altresì protette contro l'accompagnamento alla frontiera le persone che appartengono ad una delle categorie di stranieri che hanno diritto ad ottenere il rilascio di un titolo di soggiorno⁵. Difatti, il

⁵ Queste categorie di stranieri sono elencate agli articoli L. 313-11, L. 313-11-1 e L. 314-11 del Codice dell'ingresso

Consiglio di Stato ha stabilito che «quando la legge richiede che [lo straniero] deve vedersi attribuire un titolo di soggiorno, questa circostanza impedisce che [l'interessato] possa legalmente essere oggetto di un provvedimento di accompagnamento alla frontiera»⁶.

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta altre infrazioni

Nell'ordinamento francese, come si è visto, l'immigrazione clandestina costituisce un'infrazione. In concreto, il fatto di essere in situazione irregolare spinge spesso gli stranieri a commettere altre infrazioni, ciò che dà luogo ad un concorso di infrazioni. Conviene dunque fornire alcune informazioni quanto alle sanzioni applicabili in presenza di un tale concorso.

Successivamente, ci si soffermerà sulla circostanza che numerose infrazioni (tra cui, l'ingresso o il soggiorno irregolari) possono comportare, per lo straniero che delinque, la condanna ad una pena specifica: l'interdizione dal territorio francese.

2.1. Cenni sul concorso di infrazioni

Ai termini dell'art. 132-2 del Codice penale, «si ha concorso di infrazioni quando un'infrazione è commessa da una persona prima che quest'ultima sia stata definitivamente condannata per un'altra infrazione». Così, il concorso di infrazioni presuppone che le infrazioni non siano tra loro separate tra esse da una condanna definitiva. Il caso si presenta quando le infrazioni sono state commesse quasi simultaneamente e, pertanto, sono inglobate nello stesso procedimento giudiziario, oppure quando le infrazioni sono state scoperte successivamente e hanno dunque dato luogo a procedimenti giudiziari separati.

Di fronte alla questione essenziale del trattamento sanzionatorio da riservare alla persona che si trova in situazione di concorso di infrazioni, il legislatore francese ha optato da tempo risalente per il principio del divieto di cumulo delle pene. Difatti, tale principio è stato consacrato fin dal periodo rivoluzionario, segnatamente nel Codice del 3 brumaio anno IV (art. 446). È stato ripreso dal Codice di istruzione criminale (art. 365 poi art. 351) ed dal Codice penale del 1810, il cui art. 5 era così redatto: «in caso di compimento di diversi crimini o delitti, è pronunciata solo la pena più grave».

Benché il *Conseil constitutionnel* abbia stabilito che il divieto di cumulo delle pene ha solo valore legislativo⁷, si tratta comunque di un principio profondamente radicato nell'ordinamento francese.

Il principio è oggi ripreso, con alcune riserve, agli articoli 132-2 ss. del Codice penale. Esso può essere evocato sotto due aspetti: il suo campo di applicazione e la sua attuazione.

Per quanto riguarda il suo campo di applicazione, conformemente ad una soluzione consacrata dalla giurisprudenza e che figura adesso nel Codice penale (art. 132-7), il divieto di cumulo delle pene non incide in tema di contravvenzioni. Non incide neppure in alcuni casi particolari come, ad esempio, in materia di infrazioni alle norme di polizia ferroviaria (art. 27 della legge del 15 luglio 1845). Inoltre,

e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo.

⁶ C.E., 23 giugno 2000, *Diaby*.

⁷ Dec. n. 82-143 DC, 30 luglio 1982.

salvo eccezioni, il principio si applica per tutte le sanzioni penali (pene principali, alternative e aggiuntive).

Relativamente all'attuazione del principio, conviene distinguere se le infrazioni in concorso siano o meno inglobate nello stesso procedimento giudiziario.

Nella prima ipotesi, l'art. 132-3 del Codice penale stabilisce che «quando, in occasione dello stesso procedimento, la persona perseguita è ritenuta colpevole di molteplici infrazioni in concorso, ognuna delle pene incorse può essere pronunciata». Tuttavia, l'articolo precisa che «quando molteplici pene della stessa natura sono incorse, una sola pena di tale natura potrà essere pronunciata, nel limite del massimo legale più elevato». Inoltre, lo stesso articolo pone la regola dell'indivisibilità delle diverse pene pronunciate, prevedendo che «ogni pena pronunciata è reputata comune alle infrazioni in concorso nel limite del massimo legale applicabile ad ognuna di esse».

Nell'ipotesi in cui le infrazioni in concorso non siano inglobate nello stesso procedimento, conviene riferirsi all'art. 132-4 del Codice penale. Ai termini di tale articolo, «quando, in occasione di procedimenti separati, la persona perseguita è stata ritenuta colpevole di molteplici infrazioni in concorso, le pene pronunciate si eseguono cumulativamente nel limite del massimo legale più elevato. Tuttavia, l'assorbimento totale o parziale di una pena può essere ordinato dall'ultima giurisdizione chiamata a deliberare, oppure alle condizioni previste dal Codice di procedura penale». L'art. 132-4 del Codice penale pone dunque due regole: la regola del cumulo limitato delle pene e quella dell'eventuale assorbimento delle pene di stessa natura.

Nella prospettiva di un concorso di infrazioni di cui una consista nell'immigrazione irregolare, il trattamento sanzionatorio dello straniero che delinque dipenderà dunque da due elementi: la natura dell'altra infrazione ed il fatto di sapere se le due infrazioni in concorso siano o meno giudicate nello stesso procedimento giudiziario.

2.2. L'interdizione dal territorio francese come sanzione nei confronti degli stranieri che commettano infrazioni

(a) Definizione dell'interdizione dal territorio francese

Prevista dall'art. 131-30 del Codice penale, l'interdizione dal territorio francese è, come accennato, una pena pronunciata dal giudice penale avente ad oggetto il divieto per lo straniero che delinque di entrare o di soggiornare in Francia.

L'interdizione dal territorio può essere pronunciata a titolo di pena principale o di pena aggiuntiva. Inoltre, questa pena può assumere un carattere temporaneo o definitivo. La durata dell'interdizione temporanea è variabile: secondo i casi, può essere di tre, cinque o dieci anni. Per quanto riguarda l'attuazione della pena, l'interdizione dal territorio provoca l'accompagnamento alla frontiera dello straniero, se del caso al termine dell'esecuzione della pena detentiva.

Il campo di applicazione dell'interdizione dal territorio francese è estremamente vasto. Così, questa sanzione può essere pronunciata, come si è visto, in caso di ingresso o soggiorno irregolari sul territorio nazionale, ma anche per altre infrazioni alla legislazione sull'ingresso, il soggiorno ed il lavoro degli stranieri in Francia. Inoltre, il Codice penale prevede che la pena dell'interdizione dal territorio è irrogata per numerose infrazioni, e segnatamente per: crimini contro l'umanità (art. 213-2), violazioni volonta-

ri del diritto alla vita (art. 221-11), traffico di stupefacenti (art. 222-48), lenocinio (art. 225-21), estorsioni e ricettazioni (artt. 311-15, 312-4 e 321-11), distruzioni pericolose per le persone (art. 322-16), alcuni attentati agli interessi fondamentali della nazione (art. 414-6), terrorismo (art. 422-4), partecipazione armata ad un assembramento o ad una manifestazione (artt. 431-8 e 431-12), partecipazione ad un gruppo di combattimento (art. 431-19), alcuni attentati all'azione della giustizia (art. 434-46).

Uno straniero condannato alla pena dell'interdizione dal territorio può chiedere la revoca di questa sanzione alla giurisdizione penale che ha pronunciato la condanna (art. 132-21 del Codice penale). Tuttavia, questa richiesta è ammissibile solo nel caso in cui l'interdizione dal territorio sia stata pronunciata a titolo di pena aggiuntiva. Conviene anche precisare che, salvo eccezioni, lo straniero deve risiedere fuori dal territorio francese perché sia ammissibile la richiesta (art. L. 541-2 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo).

(b) Gli stranieri protetti contro l'interdizione dal territorio francese

Alcuni stranieri sono protetti contro l'interdizione dal territorio francese. Tuttavia, tutti non beneficiano di uguale protezione. Così, devono essere distinti tre livelli di protezione: la protezione relativa, la protezione quasi assoluta e la protezione assoluta.

L'art. 131-30-1 del Codice penale prevede che, in materia di delitti, il giudice deve, nei confronti di alcune categorie di stranieri, motivare specificamente la pronuncia della pena dell'interdizione dal territorio. L'articolo precisa che questa motivazione speciale deve fare riferimento alla gravità dell'infrazione ed alla situazione personale e familiare dello straniero. Conformemente alla legge del 26 novembre 2003, relativa al controllo dell'immigrazione, al soggiorno degli stranieri in Francia ed alla nazionalità, una motivazione speciale dell'interdizione dal territorio non è richiesta in materia di crimini.

Le categorie di stranieri che beneficiano di questa protezione relativa contro l'interdizione dal territorio sono le seguenti:

- stranieri che sono padre o madre di un minore francese che risiede in Francia, a condizione che contribuiscano effettivamente al mantenimento ed all'educazione del minore alle condizioni previste dal Codice civile dalla sua nascita o da almeno un anno;
- stranieri sposati da almeno tre anni con un coniuge di nazionalità francese, a condizione che il matrimonio sia anteriore ai fatti che hanno provocato la condanna, che la convivenza non sia cessata successivamente al matrimonio e che il coniuge abbia conservato la nazionalità francese;
- in linea di principio, stranieri che dimostrano, con ogni mezzo, di risiedere abitualmente in Francia da oltre quindici anni;
- in linea di principio, stranieri che risiedono regolarmente in Francia da oltre dieci anni;
- stranieri titolari di una rendita per infortunio sul lavoro o per malattia professionale erogata da un ente francese ed il cui tasso di invalidità permanente sia superiore o pari al 20%.

Gli stranieri che appartengono ad una delle categorie elencate all'art. 131-30-2 del Codice penale non possono, in linea di principio, essere condannati, in materia di delitti o di crimini, alla pena dell'interdizione dal territorio nazionale. Tuttavia, gli interessati non beneficiano di una protezione assoluta. Così, l'interdizione dal territorio può essere pronunciata per alcune infrazioni, tra cui gli attentati agli interessi fondamentali della nazione, gli attentati alla difesa nazionale, gli atti terroristici o la con-

traffazione di monete.

Le categorie di stranieri che beneficiano di questa protezione quasi assoluta contro l'interdizione dal territorio sono le seguenti:

- stranieri che dimostrano, con ogni mezzo, di risiedere abitualmente in Francia dall'età di tredici anni;
- stranieri che risiedono regolarmente in Francia da oltre venti anni;
- stranieri che risiedono regolarmente in Francia da oltre dieci anni e che sono sposati da almeno quattro anni con un cittadino francese che ha conservato la nazionalità francese, a condizione che il matrimonio sia anteriore ai fatti aventi provocato la condanna e che la convivenza non sia successivamente al matrimonio;
- stranieri residenti regolarmente in Francia da oltre dieci anni e che sono padre o madre di un minore francese che risiede in Francia, a condizione che contribuiscano effettivamente al mantenimento ed all'educazione del minore alle condizioni previste dal Codice civile dalla sua nascita o da almeno un anno;
- stranieri residenti abitualmente in Francia il cui stato di salute necessiti di un intervento medico la cui mancanza potrebbe provocare conseguenze estremamente gravi.

Per concludere, occorre precisare che i minori non possono mai essere condannati alla pena dell'interdizione dal territorio. Questa protezione assoluta è garantita dall'art. 20-4 dell'ordinanza del 2 febbraio 1945, relativa all'infanzia che delinque.

3. L'immigrazione irregolare come elemento della vita anteatta dello straniero che delinque

Dopo aver evocato il trattamento sanzionatorio riservato all'immigrato irregolare che commetta altre infrazioni, conviene adesso interrogarsi quanto all'incidenza della condanna penale per immigrazione irregolare sulla determinazione della sanzione dello straniero, ormai regolare, che commetta una nuova infrazione.

Questa questione, che si collega a quella delle circostanze aggravanti (recidiva), rinvia al tema della commisurazione della pena, al quale saranno dedicati preliminarmente alcuni brevi cenni.

3.1. Cenni sulla commisurazione della pena

Le circostanze concrete nelle quali un'infrazione è stata commessa e la personalità del suo autore variano notevolmente secondo i casi. Pertanto, la pena stabilita in modo astratto dal testo repressivo non è applicata ad ogni persona che delinque in modo identico, ma secondo una logica di commisurazione. In questa prospettiva, il luogo ed il momento dei fatti, lo stato o l'età della vittima, i suoi rapporti con l'autore dell'infrazione, le eventuali condanne anteriori e l'età di quest'ultimo, il suo atteggiamento dopo i fatti e la sua situazione personale, familiare e professionale sono diversi elementi che possono avere un'incidenza sulla determinazione della pena.

Spetta al giudice penale commisurare la sanzione alla persona che compare davanti a lui. Conviene sottolineare che il legislatore partecipa a questa funzione.

Difatti, come si è visto, la legge prevede, attraverso il divieto di cumulo delle pene, una commisurazione della sanzione irrogata in caso di concorso di infrazioni.

Inoltre, il legislatore attribuisce ad alcune circostanze che connotano le condotte conseguenze quanto alla pena applicabile.

Così, la legge può ricondurre a circostanze determinate una diminuzione, o anche un'esenzione, della sanzione incorsa. Due tipi di tecniche devono dunque essere distinti: le cause legali di diminuzione di pena e le cause legali di esenzione dalla pena. Fondata su una presunzione di responsabilità attenuata, la minorità costituisce una delle principali cause legali di diminuzione di pena (artt. 20-2 e 20-3 dell'ordinanza del 2 febbraio 1945, relativa all'infanzia che delinque). Attraverso le cause legali di esenzione dalla pena, il legislatore prevede diversi casi in cui non sia sanzionata la persona che collabora con la polizia e con la giustizia denunciando i suoi complici. Ad esempio, sarà esente da pena la persona che, dopo aver tentato di commettere un atto terroristico, avverte l'autorità amministrativa o giudiziaria e consente di evitare la realizzazione dell'infrazione e di identificare gli altri colpevoli (art. 422-1 del Codice penale).

Il legislatore prevede anche che alcune circostanze provocano un aggravamento della pena irrogata. Le circostanze aggravanti possono essere generali o speciali. Le circostanze aggravanti generali sono quelle che si applicano per tutte le infrazioni: la recidiva è la principale circostanza aggravante di questo tipo⁸. Al contrario, le circostanze aggravanti speciali riguardano infrazioni particolari. Tra le numerose circostanze aggravanti speciali, è possibile citare la scalata o l'effrazione nel furto (art. 311-4 del Codice penale), la premeditazione nell'omicidio (art. 221-3 del Codice penale) o il fatto che la vittima sia un ascendente dell'autore dell'infrazione (art. 222-10 del Codice penale).

Il giudice penale commisura la pena ad ogni persona che delinque anche in relazione al suo atto, al suo temperamento ed alle sue possibilità di reinserimento. Il giudice procede così all'individualizzazione della sanzione.

Il principio dell'individualizzazione delle pene, che risale alla fine del XIX secolo, è chiaramente consacrato nel nuovo Codice penale del 1994. Ai termini del primo comma dell'art. 132-24 del Codice penale, «nei limiti fissati dalla legge, il giudice pronuncia le pene e fissa il loro regime in funzione delle circostanze dell'infrazione e della personalità dell'autore. Quando il giudice pronuncia la pena dell'ammenda, ne individua l'importo tenendo conto anche delle risorse e delle spese dell'autore dell'infrazione». Chiamato a pronunciarsi sul principio dell'individualizzazione delle pene, il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che tale principio non contrasta con il principio di eguaglianza, garantito dall'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789⁹, in quanto tutti i condannati alla stessa pena possono accedere agli stessi benefici nel momento in cui soddisfino le condizioni richieste¹⁰.

⁸ Sulla recidiva, v. *infra*, par. 3.2.

⁹ In virtù dell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, «la Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve quindi essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini essendo uguali ai suoi occhi sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti».

¹⁰ Dec. n. 78-97 DC, 27 luglio 1978.

3.2. Il delitto di immigrazione irregolare nella vita anteatta: la sua incidenza sulla determinazione della pena per altra infrazione

Come si è detto, il fatto di entrare o di soggiornare irregolarmente sul territorio francese può indurre lo straniero ad essere condannato, tra l'altro, alla pena dell'interdizione dal territorio. Dopo aver rispettato il provvedimento di allontanamento di cui è stato oggetto, lo straniero può eventualmente manifestare la volontà di tornare in Francia per soggiornarci regolarmente. Conviene precisare che, in concreto, incontrerà probabilmente grandi difficoltà per ottenere un visto. Tuttavia, nell'ipotesi in cui riesca ad entrare ed a soggiornare regolarmente in Francia, lo straniero, se commette un'infrazione, si trova allora in una situazione di pluralità di infrazioni, alla luce della precedente immigrazione irregolare. Così, conviene individuare se lo straniero sia o meno in uno dei casi di recidiva previsti dalla legge. In caso di risposta positiva, le pene irrogate per la nuova infrazione sono aggravate.

La recidiva suppone la presenza di due elementi: una prima condanna penale definitiva, detta «primo termine della recidiva», ed un'infrazione posteriore a questa condanna, denominata «secondo termine della recidiva».

Per quanto riguarda le persone fisiche, gli articoli da 132-8 a 132-11 del Codice penale istituiscono quattro casi di recidiva.

Sembra che lo straniero in questione non si trovi in alcuno di questi casi. Difatti, i due primi casi richiedono che il primo termine della recidiva sia un crimine o un delitto punito con dieci anni di detenzione. Ora, come si è visto, il delitto di immigrazione irregolare dà luogo ad una inferiore. Inoltre, il terzo caso richiede che il primo termine della recidiva sia un delitto e che il secondo termine sia un delitto identico. Ora, lo straniero in questione, che era stato condannato per il delitto di immigrazione irregolare, non può avere commesso lo stesso delitto poiché era in situazione regolare al momento dei fatti. Infine, il quarto caso non è pertinente, in quanto riguarda contravvenzioni.

Dato che non si trova in nessuno dei quattro casi di recidiva, lo straniero in questione si trova dunque in situazione di reiterazione di infrazioni. Questa figura presuppone che la prima infrazione che abbia dato luogo ad una condanna definitiva sia seguita da una seconda infrazione in condizioni che escludono l'applicazione della recidiva. Pertanto, la pena pronunciata contro lo straniero per la nuova infrazione si aggiungerà semplicemente a quella che era stata pronunciata per sanzionare il delitto di immigrazione irregolare, senza che si abbiano conseguenze significative della precedente condanna.

GERMANIA

Sommario

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

1.1. Ingresso e soggiorno irregolare di cittadini extracomunitari

(a) I soggetti

(b) Le condotte sanzionate e le pene previste

(b.1) Le disposizioni penali

(b.2) L'illecito amministrativo

(c) L'allontanamento dello straniero come "alternativa" alla pena

(c.1) Cenni sulle modalità di allontanamento

(c.2) La detenzione propedeutica

(c.3) Gli effetti dell'allontanamento

(c.4) Il rapporto tra la sanzione penale e l'allontanamento

1.2. Ingresso e soggiorno irregolare di cittadini comunitari

(a) I soggetti

(b) Le condotte sanzionate e le pene previste

(b.1) Le disposizioni penali

(b.2) L'illecito amministrativo

(c) L'allontanamento dello straniero come "alternativa" alla pena

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta (altri) reati

2.1. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare soggetto ad una sanzione penale che commette altri reati

(a) Cenni sul concorso di reati

(b) Cenni sulla commisurazione della pena

(c) L'incidenza della situazione di immigrazione irregolare penalmente rilevante sulla commisurazione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

2.2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare soggetto ad una sanzione amministrativa che commette reati

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

In Germania, il trattamento sanzionatorio dell'immigrato o soggiornante irregolare viene disciplinata dal *Gesetz zur Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern* (la legge sulla gestione e la limitazione dell'immigrazione e la disciplina del soggiorno e dell'integrazione dei cittadini UE e degli stranieri), il c.d. "*Zuwanderungsgesetz*", del 30 luglio 2004, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, oggetto, successivamente, di alcune modifiche¹¹.

Si tratta di un testo unico. Il primo articolo racchiude la legge sul soggiorno, sull'attività lavorativa e sull'integrazione nel territorio federale con riferimento ai cittadini extracomunitari (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*¹², qui di seguito anche "*AufenthG*").

Nel secondo articolo sono, invece, collocate le norme in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari ovvero appartenenti allo SEE (c.d. legge sulla libera circolazione dei cittadini UE – *Freizügigkeitsgesetz/EU*).

Gli articoli successivi disciplinano, modificando la previgente normativa, le ulteriori fattispecie relative al fenomeno dell'immigrazione, tra cui l'asilo, la cittadinanza, la situazione giuridica degli espatriati¹³ e degli apolidi nel territorio tedesco nonché i diritti sociali.

Il quadro delle previsioni inerenti all'immigrazione presenta una pluralità di fattispecie criminose: al fianco delle disposizioni che riguardano strettamente lo straniero irregolare si pone, infatti, una articolata disciplina attraverso cui si sanzionano le condotte di coloro che rendono possibile ovvero favoriscono l'immigrazione irregolare dello straniero. Inoltre, una serie di fattispecie criminose hanno specificamente ad oggetto violazioni puntuali di alcune previsioni delle leggi contenute nel *Zuwanderungsgesetz* poste in essere da cittadini tedeschi o da stranieri, sia regolari che irregolari.

In questa sede, ci si concentrerà su un sintetico esame del trattamento sanzionatorio dello straniero "irregolare" di cui all'*AufenthG* ed alla legge sulla libera circolazione dei cittadini UE, che ai presenti fini appare più direttamente rilevante, mentre si ometterà l'analisi degli altri articoli della *Zuwanderungsgesetz* e delle specificità di minor dettaglio, invero piuttosto abbondanti della disciplina tedesca.

Alla luce di tale premessa si sottolinea come il legislatore tedesco differenzi il trattamento sanzionatorio dell'immigrato o soggiornante irregolare generalmente a seconda che la irregolarità riguardi cittadini appartenenti a paesi dell'Unione europea ossia dello Spazio economico europeo oppure cittadini extracomunitari.

L'immigrazione irregolare ad opera di stranieri extracomunitari è configurata a seconda della loro condotta, ed in particolare a seconda del grado di colpevolezza, alla stregua di un reato o di un illecito amministrativo.

¹¹ La legge è pubblicata nel *Bundesgesetzblatt (BGBl)* del 5 agosto 2004 (volume 2004, parte I, n. 41) ed è ultimamente stata modificata in data 22 dicembre 2008.

¹² *BGBl.* I, p. 1354.

¹³ Persone di etnia tedesca provenienti dalle Repubbliche della ex-Unione Sovietica, Estonia, Lituania, Lettonia, arrivati in Germania dopo il 31 dicembre 1992.

L'immigrazione irregolare ad opera di cittadini appartenenti all'Unione europea o allo Spazio economico europeo viene sanzionata alla stregua di un reato soltanto in alcuni casi eccezionali (quelli, cioè, nei quali è venuto meno il diritto alla libera circolazione e quindi all'ingresso ed al soggiorno). L'ingresso o il soggiorno senza passaporto o valido documento sostitutivo vengono invece sanzionati alla stregua di un illecito amministrativo.

1.1. Ingresso e soggiorno irregolare di cittadini extracomunitari

(a) I soggetti

L'ingresso ed il soggiorno di tutti gli stranieri¹⁴ non appartenenti ai paesi dell'Unione europea/SEE sono regolati dalla *Aufenthaltsgesetz*, legge emanata il 30 luglio 2004 nell'ambito del suddetto *Zuwanderungsgesetz*. L'*Aufenthaltsgesetz* contiene le principali basi giuridiche in materia di ingresso, di allontanamento e di soggiorno degli stranieri in Germania.

L'*AufenthG* trova applicazione anche per i rifugiati "riconosciuti" e per i richiedenti il diritto di asilo nella misura in cui la legge sul procedimento di asilo non preveda norme speciali¹⁵. Peraltro, il § 60 dell'*AufenthG* prevede il divieto di espulsione o allontanamento dei richiedenti asilo o dei rifugiati cui sia stato riconosciuto il diritto al soggiorno.

Inoltre, con riferimento ai cittadini turchi, si applica una disciplina particolare ai sensi dell'Accordo firmato ad Ankara il 12 settembre 1963, che ha creato un'Associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia (*BGBI.* 1964 II, p. 509), del protocollo aggiuntivo del 23 novembre 1970 (*BGBI.* 1972 II, p. 385) e delle conseguenti delibere del consiglio di associazione (ARB) N° 1/80 e n° 2/76, che prevedono rispetto all'*AufenthG* alcuni privilegi in capo ai cittadini turchi. Con riferimento alla Svizzera, si richiama invece l'Accordo del 21 giugno 1999 siglato tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (*BGBI.* 2001, II, p. 810), secondo cui i cittadini svizzeri godono fundamentalmente degli stessi diritti dei cittadini comunitari.

(b) Le condotte sanzionate e le pene previste

In Germania, le condotte e le fattispecie criminose inerenti all'immigrazione sono elencate e disciplinate dal § 95 *AufenthG*. Ai termini di tale disposizione, l'immigrazione illegale dei cittadini extracomunitari è configurata, in presenza di determinate condotte e/o a seconda del grado di colpevolezza del soggetto, come reato: il § 95 disciplina le sanzioni prevedendo sia la reclusione (*Freiheitstrafe*), da uno a tre anni, sia la sanzione pecuniaria (*Geldstrafe*).

Inoltre, il § 98 *AufenthG* prevede alcune sanzioni di natura amministrativa per determinate condotte

¹⁴ Il termine «straniero» identifica tutte le persone che non sono cittadini tedeschi ai sensi dell'art. 116, comma 1, Legge fondamentale: "Salva contraria disposizione di legge, si considera cittadino tedesco ai fini della presente Legge fondamentale chiunque possenga la cittadinanza tedesca o abbia trovato accoglienza, come profugo o espulso di appartenenza etnica al popolo tedesco, o come suo coniuge o discendente, nel territorio del *Reich* tedesco entro i confini vigenti alla data del 31 dicembre 1937".

¹⁵ La disciplina, i cui contenuti non potranno essere approfonditi in questa sede, prevede a sua volta disposizioni penali nonché sanzioni amministrative.

dei cittadini extracomunitari che configurano un illecito amministrativo. Il soggiorno irregolare senza dolo, ma colposo (“negligente”), viene considerato illecito amministrativo e non reato.

(b.1) Le disposizioni penali

AufenthG

§ 95. Disposizioni penali

(1) Con la reclusione fino ad un anno oppure con una pena pecuniaria viene punito chi:

1. soggiorna in contrasto con quanto stabilito dal combinato disposto del § 3, comma 1, e del § 48, comma 2, nel territorio federale (*quindi senza passaporto o altro documento valido di identità*);
2. soggiorna senza il necessario permesso di soggiorno di cui al § 4, comma 1, primo periodo¹⁶, nel territorio federale, è soggetto ad un provvedimento esecutivo di espulsione e la sua espulsione non è stata sospesa;
3. fa ingresso in contrasto con quanto stabilito dall’art. 14, comma 1, n° 1 o 2¹⁷ nel territorio federale,
4. contravviene ad un provvedimento amministrativo esecutivo di cui al § 46, comma 2, periodo 1 o 2 (*divieto di lasciare il territorio, a tutela della sicurezza interna*), o di cui al § 47, comma 1, periodo 2, o comma 2 (*divieto o limitazione di determinate attività politiche in contrasto con gli interessi della Repubblica federale tedesca, a tutela della sicurezza interna*);
5. non rilascia una dichiarazione o rilascia, in contrasto con quanto stabilito dal § 49, comma 2 (*obbligo di dare informazioni e rilasciare dichiarazioni circa la propria identità e dati personali, a tutela della sicurezza interna*), una dichiarazione falsa o incompleta, se la condotta non è punibile ai sensi del comma 2, n° 2;
6. non si sottopone, in contrasto con quanto stabilito dal § 49, comma 10 (*misure delle autorità amministrative competenti circa l’accertamento dell’identità*), ad un provvedimento ivi stabilito;
- 6a. non ottempera, ripetutamente ed in contrasto con quanto stabilito dal § 54a (*controllo degli stranieri nei confronti dei quali è stato emesso un provvedimento esecutivo di allontanamento o di espulsione per motivi della sicurezza interna e relativi obblighi di tali stranieri*), all’obbligo di denuncia, viola ripetutamente le limitazioni territoriali al soggiorno o altre direttive o non ottempera

¹⁶ Nella legge sono contemplati, oltre al visto, fondamentalmente tre tipi di permesso di soggiorno: il permesso temporaneo (*Aufenthaltsurlaubnis*), la cui durata non è predeterminata ma collegata ai motivi del soggiorno, (§ 7), il permesso a tempo indeterminato (*Niederlassungserlaubnis*, “permesso di insediamento”) ed il permesso a tempo indeterminato UE (*Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG*), che recepisce quanto stabilito dalla direttiva 2003/109/CE del Consiglio europeo del 25 novembre 2003 e si distingue dalla *Niederlassungserlaubnis* soltanto per i suoi effetti “transnazionali”.

Per ottenere il rilascio di qualsiasi tipo di permesso di soggiorno il richiedente deve dimostrare di essere in regola con il passaporto o con altro documento di ingresso e di possedere adeguati mezzi di sussistenza. Devono essere note le sue generalità e la nazionalità; inoltre, la presenza del richiedente non deve rappresentare un pericolo per gli interessi della Repubblica federale e non devono sussistere validi motivi per l’adozione di un provvedimento di espulsione (§ 5).

Si noti che ai sensi del § 4, comma 1, della legge il permesso di soggiorno non è obbligatorio se così stabilito in un regolamento, nelle norme del diritto comunitario o nell’accordo di associazione dell’Unione europea con la Turchia.

La legge concede ai *Länder* la possibilità di istituire una “*Härtefallkommission*” (“commissione per i casi gravi”, § 23 a *AufenthG*): essa può rivolgere al supremo ufficio del *Land* determinate richieste o proposte relative a casi singoli di particolare rilevanza umanitaria. Quest’ultimo ha il diritto di concedere il permesso di soggiorno anche se le condizioni generali per il permesso non sono rispettate. Questa norma relativa ai casi gravi presuppone che lo straniero risieda in Germania, abbia il dovere di lasciare il paese quando ciò divenga possibile, e non abbia commesso reati.

¹⁷ Secondo l’articolo 14 della *Aufenthaltsgesetz*, si ha ingresso illegale quando il cittadino straniero non sia in possesso di un passaporto o di altro documento valido per l’ingresso nel territorio della Repubblica federale; non sia in possesso di alcun tipo di permesso di soggiorno e non sia altrimenti autorizzato a fare il suo ingresso nel territorio tedesco; ovvero sia stato destinatario di un provvedimento di allontanamento dal territorio tedesco.

all'obbligo di eleggere la propria residenza, nonostante la ripetuta ammonizione sulle conseguenze legali del relativo rifiuto, ovvero utilizza, in contrasto con quanto previsto dal § 54a, comma 4, determinati mezzi di comunicazione;

7. viola ripetutamente le limitazioni territoriali al soggiorno di cui al § 61, comma 1 (*previsione di una limitazione territoriale al soggiorno in capo allo straniero contro cui è stato emesso un provvedimento esecutivo che impone l'espatrio*)¹⁸;

8. appartiene, all'interno del territorio federale, ad un'associazione o gruppo composto maggiormente di stranieri, la cui esistenza, obiettivi o attività siano volutamente tenute segrete all'autorità al fine di evitare il divieto della stessa o dello stesso.

(1a) Parimenti, viene punito chi agisce con dolo ai sensi del § 404, comma 2, n° 4, del terzo libro del codice di legislazione sociale (*lavoro senza permesso di lavoro*) oppure ai sensi del § 98, comma 3, n° 1 (*svolgimento di un lavoro autonomo in violazione del § 4, comma 3, primo periodo, e quindi senza permesso di soggiorno che autorizza tale attività lavorativa*), chi necessita per il soggiorno nel territorio federale ai sensi del § 4, comma 1, primo periodo, di un permesso di soggiorno e possiede soltanto a titolo di permesso di soggiorno un visto Schengen ai sensi del § 6, comma 1 (*per il transito o soggiorni di breve durata*).

(2) Con la reclusione fino a tre anni oppure con una pena pecuniaria viene punito chi:

1. contrariamente a quanto stabilito dal § 11, comma, primo periodo (*divieti di (re)ingresso e soggiorno*)

a) entra nel territorio federale o

b) ivi soggiorna oppure

2. fornisce o utilizza informazioni false od incomplete al fine di procurare per sé oppure per altri un permesso di soggiorno oppure lo *status* di tollerato ("*Duldung*")¹⁹ o chi utilizza un documento così ottenuto con dolo per ingannare terzi nell'ambito di rapporti giuridici²⁰.

(3) Nei casi di cui al comma 1, n° 3, e di cui ai commi 1°, e 2, n° 1, lett. a), il tentativo è punibile.

(4) Gli oggetti cui si riferisce un reato di cui al comma 2, n° 2, possono essere confiscati.

(5) Resta ferma la disposizione di cui all'art. 31, comma 1, dell'Accordo sulla posizione giuridica di rifugiati.

(6) Nei casi di cui ai commi 1, n° 2 e 3, le azioni commesse con un permesso di soggiorno ottenuto a seguito di minacce, corruzione o collusione o dichiarazioni false o incomplete equivalgono ad azioni commesse senza il necessario permesso di soggiorno.

Dal testo riportato emerge che la gran parte delle condotte criminose sanzionate penalmente riguardano appunto lo straniero "irregolare": il soggiorno (doloso) in territorio tedesco senza passaporto o altro documento di identità valido²¹; il soggiorno (doloso) in territorio tedesco senza il necessario permes-

¹⁸ Con riferimento al § 95 Abs. 1 Nr. 7 *AufenthG*, la Corte suprema federale (*BGH*) ha, con decisione del 17 febbraio 2009 (- 1 StR 381/08), escluso la punibilità se la violazione del limite territoriale al soggiorno riguarda solamente un limite imposto dall'autorità amministrativa e non il limite territoriale previsto per legge, quindi quello del territorio del rispettivo *Land* ove soggiorna lo straniero.

¹⁹ Ai sensi del § 60 a *AufenthG* l'espulsione di uno straniero può essere sospesa per motivi umanitari, di diritto internazionale pubblico o per interessi politici della Repubblica Federale tedesca e deve essere sospesa se l'espulsione non è eseguibile per impedimenti giuridici o materiali se un permesso di soggiorno non può essere concesso. Allo straniero può essere concesso lo *status* di tollerato anche nel caso in cui esigenze personali imminenti impongono la sua permanenza nel territorio tedesco. In tali casi viene attribuito allo straniero irregolare lo "*status* di tollerato", che è pur sempre "irregolare" ma che non è punibile (cfr. § 95, comma 1, n° 2 ultimo periodo).

²⁰ In merito a tale disposizione e alla (asserita) violazione dell'art. 13 della Legge fondamentale (inviolabilità del domicilio) nell'ambito delle relative indagini penali, cfr. BVerfG, ordinanza del 11 luglio 2008 - 2 BvR 2486/ 06. Con riguardo alla natura astratta del reato, ossia alla questione se la punibilità debba affermarsi anche qualora lo straniero che inganna abbia in realtà un diritto ("sconosciuto") ad un permesso di soggiorno, si è pronunciato, in maniera affermativa, l'*Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg* il 8 settembre 2005.

²¹ Con riferimento all'ingresso e soggiorno nel territorio tedesco a fini diversi dal transito di uno straniero in possesso di un documento di identità valido, cfr. *BVerfG*, sentenza del 11 luglio 2008 - 2 BvR 2486/ 06.

so di soggiorno (anche con riferimento all'attività lavorativa) o in pendenza di un provvedimento esecutivo di allontanamento o di un divieto di (re)ingresso; l'ingresso illegale come previsto dall'art. 14, e anche l'inganno ovvero il rilasciare dichiarazioni false o incomplete relativamente ai propri dati personali ai sensi dell'articolo 49, comma 2.

Altre disposizioni possono comunque essere legate all'immigrazione irregolare: l'appartenenza ad una associazione o gruppo la cui esistenza, i cui obiettivi o la cui attività siano tenute volutamente segrete alle autorità, la violazione delle disposizioni di tutela della sicurezza interna (artt. 46, 47 e 49), la mancata ottemperanza all'obbligo di denuncia e registrazione (art. 54a).

Il soggiorno con un permesso formalmente valido, ma rilasciato a seguito di inganno o altre attività criminose, è punibile ai sensi della norma a seguito di una recente modifica della legge. In ragione della sopravvenienza di questa disposizione, dovrà essere riconsiderato l'orientamento espresso nella sentenza della Corte suprema federale (*BGH*), del 27 aprile 2005 (2 StR 457/04), che escludeva, nel regime allora vigente, la punibilità in presenza di un permesso formalmente valido a prescindere dalla sua validità "materiale". Il *BGH* aveva optato per il punto di vista formale soprattutto in considerazione della mancanza di una apposita previsione di legge in senso contrario (ora contenuta nel § 95, comma 6) ed alla luce del principio di certezza giuridica.

L'argomento non può essere approfondito in questa sede, tuttavia giova almeno rilevare che, ai sensi dei §§ 96 e 97, qualsiasi cittadino (straniero o tedesco) può essere punito con la reclusione (a seconda della condotta, fino a 10 anni) o con una pena pecuniaria se favorisce l'ingresso o il soggiorno di irregolari nel territorio tedesco al fine di ottenere un vantaggio economico (la pena viene aumentata nel caso in cui lo straniero irregolare decede o se il favoreggiamento si svolge in maniera professionale o nell'ambito di un'associazione a delinquere).

Con riferimento alle *sanzioni*²², la pena di un anno di reclusione è prevista per il primo ingresso e soggiorno illegale, mentre è punibile fino a tre anni il "recidivo", ossia l'immigrato che, già espulso, "entri o soggiorni nuovamente in territorio tedesco" nonostante un relativo divieto e che "utilizzi o fornisca false informazioni al fine di procurare per se stesso o per altri un permesso di soggiorno".

In proposito, la Germania conosce l'istituto del differimento condizionale della pena, quando il giudice ritiene che sussistano gli estremi di una prognosi favorevole al reinserimento sociale.

Ai sensi del § 95, il giudice può, in alternativa alla pena detentiva, prevedere una pena pecuniaria. La pena pecuniaria è la seconda pena principale prevista dall'ordinamento penale tedesco. Essa viene di regola irrogata come pena esclusiva – proprio perché la sua *ratio* è costituita dall'intento di evitare per i reati meno gravi la pena detentiva – e solo eccezionalmente accompagna la pena detentiva.

Al di là della previsione nelle singole fattispecie incriminatrici, la sfera di applicazione della pena

so di un documento di soggiorno rilasciato dalla Svizzera, e sull'interpretazione della decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 14 giugno 2006, n. 896/2006/CE, che introduce un regime semplificato per il controllo delle persone alle frontiere esterne, basato sul riconoscimento unilaterale da parte degli Stati membri, ai fini del transito nel loro territorio, di determinati documenti di soggiorno rilasciati dalla Svizzera e dal Liechtenstein, si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia C-139/08, del 2 aprile 2009.

²² In Germania il sistema sanzionatorio è composto da pene principali (*Hauptstrafen*), pene accessorie (*Nebenstrafen*) e conseguenze accessorie (*Nebenfolgen*), insieme con le misure di rieducazione (cfr. *infra*, nota 16) e di sicurezza (*Massregeln der Besserung und Sicherung*). Tra le pene principali sono previsti l'ergastolo (*lebenslange Freiheitsstrafe*), la pena detentiva (*Freiheitsstrafe*), la pena pecuniaria (*Geldstrafe*) e la pena patrimoniale (*Vermögensstrafe*), che è stata però dichiarata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE del 20 marzo 2002, 2 BvR 794/95).

pecuniaria viene estesa da alcune disposizioni della parte generale del codice penale tedesco, quali: il § 47, comma 2, del codice penale (*StGB*), in virtù del quale la pena pecuniaria deve essere irrogata quando vi dovrebbe essere condanna ad una pena detentiva inferiore a sei mesi e l'esecuzione di questa non appaia imprescindibile; il § 49 comma 2, *StGB* che dà la possibilità di sostituire la pena pecuniaria alle pene detentive brevi quando si tratta di commisurare la pena in caso di circostanze attenuanti; il § 41 *StGB*, che dispone l'irrogazione facoltativa della pena pecuniaria al fianco di quella detentiva, allorché l'autore si sia arricchito o abbia tentato di arricchirsi illegittimamente attraverso il fatto.

La commisurazione della pena pecuniaria si attua in Germania secondo un criterio del tutto diverso da quello della somma complessiva che viene utilizzato in Italia.

Nel § 40 *StGB* è infatti codificato il c.d. «sistema a tassi giornalieri» (*Tagessatzsystem*), la cui introduzione è solitamente motivata con la necessità di rispettare l'esigenza di tener conto sia del grado di illiceità e di colpevolezza, sia delle capacità finanziarie dell'imputato. In virtù di tale sistema, nel primo atto di commisurazione il giudice fissa, secondo la gravità complessiva del fatto e le esigenze di prevenzione generale e speciale, il numero di tassi giornalieri, potendo variare tra un minimo di cinque ed un massimo, se la legge non prevede altrimenti, di trecentosessanta o, nel caso di pena cumulativa, settecentoventi (rispettivamente, § 40, comma 1, e § 54, comma 2).

Si tratta poi di fissare la quota dei singoli tassi giornalieri, potendo variare tra un minimo di un euro ed un massimo di cinquemila euro. A tale riguardo, il secondo comma del § 40 chiama il giudice ad una valutazione delle condizioni personali ed economiche dell'autore e, nel secondo inciso, precisa che esse vanno dedotte dal guadagno netto che egli ha o potrebbe avere mediamente in un giorno.

La somma ottenuta moltiplicando il numero dei tassi per le loro quote costituisce la pena pecuniaria che deve essere pagata. Di norma, il pagamento deve avvenire immediatamente, ma nel caso in cui dal condannato, a causa delle sue condizioni economiche, non si possa esigere il pagamento immediato, è possibile da parte del giudice concedere determinate agevolazioni. Nel caso in cui la pena pecuniaria non possa essere riscossa, essa viene sostituita, secondo il dettato del § 43, con una pena detentiva, che viene commisurata in ragione di un giorno per ogni tasso giornaliero.

Il *Tagessatzsystem* si caratterizza, pertanto, per la struttura bifasica della commisurazione, il privilegio accordato alle condizioni economiche del reo come criterio di misura specifico di questa sanzione e la previsione di un peculiare schema di accertamento di tale criterio-guida (le condizioni economiche del soggetto).

(b.2) L'illecito amministrativo

AufenthG

§ 98. Disposizioni che prevedono un'ammenda amministrativa.

(1) Commette un illecito amministrativo chi agisce, ai sensi del § 95, comma 1, n° 1 o 2, oppure comma 2, n° 1, lett) b (*soggiorno irregolare*), con negligenza.

(2) Commette un illecito amministrativo chi:

1. in contrasto con quanto stabilito dal § 4, comma 5, non fornisce la prova ivi prevista (*di un permesso di soggiorno ai sensi dell'accordo che crea un'Associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia*);

2. in contrasto con quanto previsto dall'art. 13, comma 1, secondo periodo, non si sottopone ai controlli della polizia del traffico frontaliero;

3. in contrasto con quanto stabilito dal § 48, comma 1 o 3 (*obblighi circa la presentazione di*

documenti identificativi, ad esempio del passaporto o altro documento valido di identità), non fornisce o non fornisce tempestivamente un atto o documento ivi indicato o non lo consegna tempestivamente; o

4. contravviene ad un provvedimento esecutivo di cui al § 44a, comma 1, primo periodo, n° 3, secondo o terzo periodo (*obblighi circa la frequentazione dei corsi di integrazione per stranieri*).

(2a) Commette un illecito amministrativo chi, in contrasto con quanto stabilito dal § 4, comma 3, secondo periodo (*assenza della necessaria autorizzazione dell'attività nel permesso di soggiorno*), impiega dietro corrispettivo, con dolo o colpa, uno straniero per la prestazione di servizi od opere svolta dallo straniero per scopi di lucro.

(3) Commette un illecito amministrativo chi, con dolo o colpa:

1. svolge un lavoro autonomo in contrasto con quanto previsto dal § 4, comma 3, primo periodo (*assenza di autorizzazione nel permesso di soggiorno*);

2. contravviene ad un ordine esecutivo ai sensi del § 12, comma 2, secondo periodo o comma 4 (*imposizione di restrizioni e condizioni al soggiorno*) oppure una limitazione territoriale al soggiorno di cui al § 54a, comma 2 (*ai fini del controllo di stranieri nei cui confronti esiste un provvedimento esecutivo di allontanamento ai sensi del § 54 – casi nei quali uno straniero viene di regola richiesto di allontanarsi – o ai sensi del § 58a*) o § 61, comma 1, primo periodo (*limitazione prevista per stranieri nei cui confronti è stato emesso un provvedimento esecutivo di allontanamento*);

3. in contrasto con quanto stabilito dal § 13, comma 1 (*passaggio del confine*), entra o esce al di fuori di un posto ufficiale di frontiera o delle ore prestabilite per il traffico oppure non porta con sé un passaporto o documento sostitutivo;

4. contravviene ad un provvedimento esecutivo di cui ai §§ 46, comma 1 (*obblighi per favorire l'espatrio, tra cui l'obbligo di prendere residenza in un determinato luogo*), § 54a, comma 1, secondo periodo, o comma 3 (*obblighi di denuncia o di residenza*) oppure § 61, comma 1, secondo periodo (*ulteriori restrizioni e condizioni al soggiorno imposte dalle autorità competenti*);

5. non effettua, o effettua non correttamente o non tempestivamente una denuncia, in contrasto con quanto stabilito dal § 54a, comma 1, primo periodo;

6. non presenta le richieste di cui al § 80, comma 4 (*richieste per il rinnovo o rilascio di permessi e documenti identificativi per conto di stranieri che non hanno compiuto i 17 anni*); oppure

7. contravviene ad un regolamento di cui al § 99, comma 1, n° 7 o 10 (*disposizioni che autorizzano il Ministero degli affari interni ad emanare regolamenti in materia di denuncia e degli obblighi relativi ai documenti identificativi degli immigrati con il consenso del Bundesrat*), nella misura in cui esso rinvia per una determinata fattispecie alla presente disposizione di legge sull'illecito amministrativo.

(4) Nei casi dei commi 2, n° 2, e 3, n° 3, il tentativo dell'infrazione può essere punito.

(5) L'infrazione può essere punita nei casi di cui al comma 2a con un'ammenda amministrativa fino a cinquecentomila euro, nei casi dei commi 2, n° 2, e 3, n° 1, con un'ammenda amministrativa non superiore a cinquemila euro, nei casi dei commi 1 e 2, n° 1 e 3, e del comma 3, n° 3, con un'ammenda fino a tremila euro e negli altri casi con un'ammenda fino a mille euro.

(6) Resta fermo quanto stabilito nell'art. 31, comma 1, dell'Accordo sulla posizione giuridica dei rifugiati.

(c) L'allontanamento dello straniero come "alternativa" alla pena

La disciplina sanzionatoria contemplata ai §§ 95 e 98 *AufenthG* rappresenta soltanto una delle conseguenze dell'ingresso e del soggiorno illegale. La legge prevede, infatti, nei §§ 15 e 50-62 una disciplina dettagliata in materia di allontanamento e di espulsione (forzata) di stranieri in via amministrativa, non solo di irregolari ma anche di stranieri regolari, in presenza di determinate condotte e condizioni. Si trat-

ta di misure di polizia e di sicurezza, ovvero misure tendenti ad impedire e prevenire pericoli, che rientrano nella competenza delle autorità amministrative e non nella competenza dei giudici. Ai sensi del § 71 dell'*AufenthG*, i *Länder* possono determinare quale o quali autorità all'interno del *Land* siano competenti per le varie misure previste nell'*AufenthG*.

(c.1) Cenni sulle modalità di allontanamento

In generale, esistono i seguenti strumenti mediante i quali uno straniero può essere allontanato:

(i) Il primo è il c.d. respingimento coatto (*Zurückweisung*), da parte delle autorità competenti, dello straniero che cerca di entrare illegalmente alla frontiera (§ 15, comma 1 *AufenthG*).

(ii) Il secondo è l'allontanamento coatto (*Zurückschiebung*) dello straniero già entrato illegalmente. Tale soggetto *deve* essere allontanato, senza preavviso, entro sei mesi dall'ingresso nel territorio tedesco (§ 57, comma 1, primo periodo *AufenthG*), salvo il ricorrere di circostanze eccezionali che, secondo una valutazione discrezionale, giustificano la permanenza. L'obbligo di espatriare deve poter essere messo in atto e non devono sussistere divieti o impedimenti all'allontanamento. Relativamente ai richiedenti asilo, che di regola non possono essere allontanati, sono previste disposizioni particolari.

(iii) Il terzo è la c.d. espulsione forzata (*Abschiebung*), ai sensi dei §§ 58 ss. *AufenthG*, con riferimento agli stranieri che sono soggetti all'obbligo di espatrio di cui al § 50 *AufenthG*, quindi degli stranieri che non sono in possesso del necessario permesso di soggiorno o non lo sono più in quanto scaduto. Lo straniero senza titolo di soggiorno deve lasciare il territorio tedesco immediatamente o entro il termine imposto dall'autorità competente. Se l'obbligo di lasciare il territorio è esecutivo²³ e se sussiste il concreto pericolo di non ottemperanza a tale obbligo, oppure se una sorveglianza dell'espatrio appare necessaria per motivi di sicurezza e di ordine pubblico (ad es., perché è presumibile che lo straniero commetta reati), si procede all'espulsione forzata, mediante cui lo straniero viene scortato dalla polizia alla frontiera e consegnato al posto di controllo di frontiera che procede poi all'esecuzione dell'allontanamento, salvo nei casi in cui sussistono c.d. divieti o impedimenti all'espulsione forzata (ai sensi dei §§ 60 e 60a *AufenthG*, ad esempio nei confronti degli aventi diritto all'asilo). In generale, l'espulsione forzata è preceduta da un preavviso scritto (§ 59 *AufenthG*). L'autorità amministrativa fissa discrezionalmente il termine per l'espatrio che non dovrà però superare i sei mesi (§ 50, comma 2, *AufenthG*).

L'*obbligo di espatrio* è previsto per legge nel momento in cui il permesso di soggiorno scade o viene meno²⁴. Nella prassi, però, le autorità competenti emettono un provvedimento che informa su tale obbligo e che prevede un termine entro il quale lo stesso deve essere adempiuto. Nel caso in cui lo straniero non ottemperi volontariamente all'obbligo di espatrio, si può procedere con l'espulsione coatta, che presuppone però l'eseguitività dell'obbligo stesso (il quale può, ad esempio, essere sospeso da un provve-

²³ Nel caso dell'ingresso illegale o nel caso in cui lo straniero non abbia richiesto il rilascio o rinnovo del permesso oppure in presenza di una decisione di rimpatrio da parte di un altro Stato membro ai sensi dell'art. 3 della direttiva CE 2001/01 del Consiglio europeo, l'obbligo di espatrio è eseguibile per legge. Negli altri casi tale obbligo diventa eseguibile solo allorquando il permesso sia stato rifiutato o se un altro provvedimento amministrativo (la revoca, il ritiro del permesso o l'ordine di espulsione) sia diventato eseguibile, quindi quando non è più impugnabile ed è immediatamente esecutivo.

²⁴ Il *permesso di soggiorno* può venir meno per legge (nel caso in cui non viene rinnovato ed in alcuni casi in cui lo straniero ha lasciato il paese) ovvero a seguito di un provvedimento amministrativo, come l'ordine di espulsione (*Ausweisung*), la revoca o il ritiro del permesso o della comunicazione di un ordine di allontanamento ("*Abschiebungsanordnung*") ai sensi del § 58a *AufenthG*.

dimento di un tribunale amministrativo o, ai sensi del § 60 a *AufenthG*, per gli stranieri c.d. “tollerati”).

Con riferimento all’*ordine di espulsione (Ausweisung)*, si sottolinea che questo riguarda gli stranieri “regolari”, la cui condotta mette però in pericolo la sicurezza pubblica e l’ordine pubblico o altri interessi rilevanti della Repubblica federale. A seguito dell’ordine di espulsione, tali stranieri, originariamente regolari, devono considerarsi “irregolari” e devono quindi lasciare il territorio tedesco. I motivi che giustificano un *ordine di espulsione* possono essere di varia natura (§§ 53-56 *AufenthG*).

- L’ordine di espulsione è *obbligatorio* (§ 53) in caso di una o più condanne penali definitive ad una reclusione di minimo tre anni (quindi per reati di una certa gravità) o se è stata ordinata una misura di sicurezza detentiva, nonché in caso di condanne per un minimo due anni (senza sospensione condizionale) per reati di grave turbamento dell’ordine pubblico compiuti nel corso di manifestazioni o cortei – o per il traffico di droga, nonché in caso di condanne a reclusione per traffico clandestino di stranieri (senza sospensione condizionale).

- *Di regola* (§ 54), si procede con l’ordine di espulsione nei seguenti casi: condanna penale definitiva alla reclusione (per minori, ad almeno due anni di reclusione), senza sospensione condizionale; condanna definitiva per traffico clandestino di stranieri; produzione, importazione e spaccio di sostanze stupefacenti; partecipazione ad atti di violenza commessi durante manifestazioni pubbliche non autorizzate, che abbiano comunque posto a repentaglio la sicurezza pubblica; comprovata appartenenza, presente o passata, come membro attivo, ad organizzazioni fiancheggiatrici del terrorismo; svolgimento di attività volte a mettere in pericolo le basi della convivenza democratica nella Repubblica federale; partecipazione ad atti violenti o incitamento o minaccia di ricorrere alla violenza per fini politici; rilascio di false dichiarazioni a pubbliche autorità circa precedenti periodi di permanenza in Germania ovvero rilascio di informazioni false e incomplete su aspetti rilevanti circa i rapporti con persone implicate in atti di terrorismo; essere a capo di organizzazioni dichiarate illegali in quanto i loro fini sono in contrasto con la legge penale, con l’ordinamento costituzionale dello Stato o con l’ordinamento internazionale.

- L’art. 55 prevede, poi, una clausola generale secondo cui l’autorità amministrativa può *discrezionalmente* adottare un provvedimento di espulsione, là dove la permanenza di un cittadino straniero possa comportare un pregiudizio per l’ordine pubblico o comunque per rilevanti interessi della Repubblica federale. La norma indica, a titolo esemplificativo, numerosi casi in cui un ordine di espulsione “discrezionale” può essere adottato: tra questi, il caso dei cosiddetti “seminatori di odio”, ovvero di coloro che diffondono ideologie che in qualche forma supportano i crimini di guerra ed il terrorismo in modo tale da costituire un pericolo per la sicurezza pubblica, nonché il caso di incitamento all’odio o alla violenza verso alcune parti della popolazione, attacchi alla dignità umana tramite offese e disprezzo di parti della popolazione. L’espulsione discrezionale si può anche avere nel caso del rilascio di informazioni false o incomplete per l’acquisizione del permesso di soggiorno, di un passaporto o visto nel corso del procedimenti “Schengen” o nei confronti di un datore di lavoro al fine di ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Altri casi riguardano, poi, il consumo di sostanze stupefacenti o la commissione di reati non di lieve entità o la commissione di reati in maniera ripetuta, nonché la violazione della legge o di regolamenti o provvedimenti in generale.

In quanto misura di polizia e di sicurezza, ogni (ordine di) espulsione presuppone, a prescindere dai requisiti sopra indicati, la sussistenza di un pericolo per la sicurezza pubblica e per l’ordine pubblico.

Inoltre, il *Bundesverfassungsgericht* ha imposto (v. la sentenza del 10 agosto 2007, 2 BvR 535/06, e la sentenza del 10 maggio 2007, 2 BvR 304/07), con riferimento a tutte le tipologie di espulsione, ivi inclusa quella dell’ordine di espulsione *obbligatorio*, un approfondito esame di proporzionalità (c.d. *Verhältnismässigkeitsprüfung*), che tenga conto delle condizioni personali del singolo individuo e delle cir-

costanze cui è esposto (ad esempio, la durata del soggiorno, l'integrazione dello straniero, i suoi legami familiari e personali, la sua lontananza culturale rispetto al paese di origine, etc.). Lo scrutinio necessario si estende, in particolare, alla violazione della vita familiare e personale dello straniero, garantita dall'art. 8, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Infine, è da sottolineare che determinate categorie di stranieri (ad esempio, gli stranieri con un permesso di soggiorno a tempo indeterminato che soggiornano almeno da cinque anni nel territorio tedesco) godono, ai sensi del § 56 *AufenthG*, di una tutela particolare e non possono essere espulsi se la loro permanenza non rappresenti un *grave ed imminente* pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica. Un divieto di allontanamento coatto è poi previsto nel § 60 dell'*AufenthG* con riferimento a determinate categorie di stranieri (tra cui gli aventi diritto all'asilo) che esigono una tutela particolare.

(iv) Il quarto, ed ultimo, strumento per allontanare uno straniero dal territorio è l'*ordine di allontanamento* ("*Abschiebungsanordnung*"), previsto dal § 58a *AufenthG*. Si tratta di una nuova competenza affidata ai *Länder* per la sicurezza e la difesa da particolari pericoli per la Federazione e in caso di minaccia terroristica. Con questo ordine di allontanamento, l'ufficio supremo di ogni *Land* può "ordinare" l'espulsione coatta di uno straniero con effetto immediato, quindi senza che vi sia un precedente ordine di espulsione, e senza preavviso. L'ordine deve essere motivato da una prognosi di pericolo fondata sui fatti. Con questa innovazione si cerca di tenere conto delle difficoltà pratiche (spesso legate alla tempistica, all'eseguibilità ed alla sospensione temporale dei provvedimenti di allontanamento) che, in particolari situazioni di pericolo, rendono più difficile e meno efficace il normale procedimento di espulsione.

(c.2) La detenzione propedeutica

Per garantire l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione coatta può essere disposta la detenzione propedeutica all'allontanamento (*Zurückschiebung* e *Abschiebungshaft*), che può essere di due tipi: la detenzione preparatoria (*Vorbereitungshaft*), che non può durare più di sei settimane e si applica nei casi in cui non sia possibile assumere una decisione immediata riguardo all'espulsione forzata o all'allontanamento e, al contempo, l'esecuzione dell'allontanamento possa risultare compromessa in mancanza di misure restrittive della libertà personale; la detenzione cautelare (*Sicherungshaft*), la cui durata può estendersi sino a diciotto mesi e che si applica in caso di ingresso illegale, o qualora lo straniero abbia lasciato scadere il termine per l'espatrio volontario e si sia reso irreperibile, ovvero si sia sottratto o vi sia il fondato sospetto che intenda sottrarsi all'allontanamento.

La detenzione ai fini dell'allontanamento pone alcuni problemi di costituzionalità, in quanto non è configurata alla stregua di una pena, ma viene attuata nella stessa maniera di una detenzione penale. Il *Bundesverfassungsgericht* ha pertanto imposto la massima accelerazione del procedimento e, in virtù del principio di proporzionalità, la rinuncia alla detenzione se l'allontanamento non sia comunque attuabile²⁵.

(c.3) Gli effetti dell'allontanamento

²⁵ BVerfGE del 6 luglio 1982, BVerfGE 61, 28, 34; BVerfGE del 12 novembre 1999, in *DVBl.* 2000, p. 69. V. anche BVerfGE del 16 maggio 2007, 2 BvR 2106/05.

L'ordine di espulsione (*Ausweisung*), l'allontanamento coatto (*Zurückschiebung*) e l'espulsione forzata (*Abschiebung*) comportano, ai termini del § 11, comma 1, *AufenthG*, il divieto di reingresso e soggiorno nel territorio tedesco. Allo straniero espulso o allontanato non viene più concesso un permesso di soggiorno neanche in presenza degli altri presupposti di legge. Su richiesta, tale effetto di legge può però essere limitato nel tempo, salvo nei casi in cui lo straniero sia stato allontanato per reati che riguardano la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, oppure sulla base di un ordine di allontanamento ("*Ab-schiebungsanordnung*") ai sensi del § 58a *AufenthG* (resta comunque fermo il potere dell'autorità del *Land* di concedere ulteriori eccezioni).

(c.4) Il rapporto tra la sanzione penale e l'allontanamento

Come accennato, gli strumenti per l'allontanamento dello straniero sono c.d. misure di polizia e di sicurezza, per la cui adozione sono competenti le autorità amministrative e non l'autorità giudiziaria. Non possono pertanto interpretarsi, a stretto rigore, alla stregua di una sanzione "alternativa" alla pena, perseguendo obiettivi ben diversi, sebbene tali misure possano *de facto* essere percepite dai soggetti colpiti come una vera e propria pena. Infatti, in particolare per quanto concerne gli stranieri "regolari", l'allontanamento o l'espulsione (forzata) risulta di fatto una sorta di "aggravamento" della pena, derivante esclusivamente dallo *status* di straniero.

Nella prassi, poi, l'allontanamento dello straniero rappresenta in effetti un'alternativa alla sanzione penale. Con riferimento alla coincidenza di reati penali e provvedimenti di allontanamento o di espulsione, sono da citare due disposizioni di diritto processuale penale che regolano il rapporto tra la disciplina penale e la disciplina sull'immigrazione in merito all'allontanamento.

§ 154b Codice procedura penale

(1) Si può rinunciare all'esercizio dell'azione penale pubblica se l'imputato viene consegnato, per il reato, ad un governo straniero.

(2) La stessa regola trova applicazione nel caso in cui l'imputato viene consegnato ad un governo straniero o ad un tribunale penale internazionale a causa di un altro reato, se la pena oppure la misura di rieducazione²⁶ e di sicurezza cui può condurre nel territorio tedesco non perde d'importanza rispetto alla pena o misura di rieducazione e di sicurezza che gli viene inflitta in maniera definitiva o che deve attendersi all'estero.

(3) All'esercizio dell'azione penale pubblica si può anche rinunciare, se l'imputato è soggetto ad espulsione dal territorio di cui alla presente legge federale.

(4) Se l'azione penale è stata già esercitata nei casi dei commi 1-3, il giudice può provvisoriamente interrompere il procedimento su istanza del pubblico ministero. Il § 154, commi 3-5 si applica in via analogica nella misura in cui il termine previsto nel comma 4 sia di un anno.

§ 456a Codice procedura penale

(1) L'autorità competente per l'esecuzione può rinunciare all'esecuzione della pena detentiva, della pena sostitutiva della pena detentiva o di una misura di rieducazione e di sicurezza se il condannato viene consegnato, per un altro reato, ad un governo straniero, ad un tribunale penale internazionale oppure se viene espulso dal territorio di cui alla presente legge federale.

(2) Nel caso in cui l'estradata, il consegnato o l'espulso rientri nel territorio, l'esecuzione può ri-

²⁶ Si tratta di una misura ai fini della vigilanza sulla condotta attraverso cui si intende aiutare chi ha subito una condanna a non ricadere nel reato, evitando però di sottoporlo ad una privazione della libertà ulteriore rispetto alla pena; si tratta dunque di un'offerta di risocializzazione che è anche, al contempo, un mezzo di difesa sociale.

prendere. Per riprendere una misura di rieducazione e di sicurezza, si applica il § 67c, comma 2, del codice di procedura penale in via analogica. L'autorità competente per l'esecuzione può, contemporaneamente alla rinuncia all'esecuzione, ordinare di riprendere la stessa nel caso in cui l'estradata, il consegnato o l'espulso rientri, emettendo a tal fine un mandato di arresto o un decreto di ricovero, nonché provvedere alle necessarie misure di ricerca, in particolare all'annuncio pubblico per l'arresto; il § 131, comma 4, e § 131a, comma 3, si applicano in via analogica. Il condannato deve essere informato al riguardo²⁷.

Dalle disposizioni citate emerge che la procura della Repubblica ha un potere discrezionale in ordine alla rinuncia all'accusa o all'esecuzione della pena in presenza di un provvedimento che comporta l'espulsione ossia l'allontanamento di uno straniero (ivi incluso il respingimento). L'espulsione o l'allontanamento rappresentano quindi in realtà un'alternativa alla pena. Come si evince, d'altronde, dalle circolari emesse dai *Länder* in merito all'esercizio del potere discrezionale, la rinuncia alla persecuzione penale non viene però consentita in presenza di reati di una certa gravità, ed in particolare nel caso di reati per cui è prevista la pena detentiva senza sospensione condizionale oppure nel caso di reati la cui persecuzione è nell'interesse pubblico (tra cui la criminalità organizzata, gravi contravvenzioni alla legge per la lotta contro la droga, reati commessi professionalmente o da un'associazione a delinquere, e gravi reati sessuali)²⁸.

È inoltre richiesto, ai fini di un'eventuale rinuncia, che il provvedimento di espulsione o allontanamento sia esecutivo e possa essere attuato immediatamente a seguito della rinuncia stessa.

Con riferimento all'esecuzione della pena detentiva ai sensi del § 456a codice di procedura penale (*StPO*), la rinuncia viene di regola esercitata solo una volta scontata la metà del periodo previsto per la reclusione.

Da sottolineare è, infine, la previsione della ripresa dell'esecuzione della pena nel caso di rientro dell'imputato espulso²⁹.

1.2. Ingresso e soggiorno irregolare di cittadini comunitari

(a) I soggetti

La legge sulla libera circolazione dei cittadini comunitari (*Freizügigkeitsgesetz/EU*), inserita all'art. 2 della nuova legge sull'immigrazione (*Zuwanderungsgesetz*), disciplina l'ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini comunitari e di quelli appartenenti allo Spazio economico europeo nel territorio tedesco. Per questi non si applica quindi la legge sul soggiorno dei cittadini extracomunitari (*AufenthG*), salvo ove quest'ultima legge contenga delle disposizioni più favorevoli rispetto alla *Freizügigkeitsgesetz/EU* (§ 11, comma 1, ultimo periodo).

²⁷ Sull'interpretazione dell'obbligo di informazione, v. OLG (Corte di appello) Stuttgart, sentenza del 15 settembre 2008 – Ws 252/08.

²⁸ Si noti che, in alcuni casi, si pongono problemi di discriminazioni a rovescio a *sfavore* dei cittadini tedeschi. Di tali problematiche, la pubblica accusa dovrà tenere debitamente conto nell'esercizio del suo potere discrezionale.

²⁹ Il potere discrezionale circa tale ripresa è limitato: il § 17 *Strafvollstreckungsordnung* (regolamento sull'esecuzione delle pene) stabilisce infatti che l'autorità competente sull'esecuzione "deve" riprendere l'esecuzione al rientro.

(b) Le condotte sanzionate e le pene previste

Il trattamento sanzionatorio con riferimento a tali cittadini è disciplinato dagli articoli 9 (disposizioni penali) e 10 (illecito amministrativo) della suddetta legge.

(b.1) Le disposizioni penali

Freizügigkeitsgesetz/EU

§ 9. Disposizioni penali.

Con la reclusione fino ad un anno oppure con una pena pecuniaria viene punito chi entra o soggiorna nel territorio federale in violazione del § 7, comma 2, primo periodo.

§ 7, comma 2, primo periodo. Obbligo di espatrio.

I cittadini comunitari ed i loro familiari che hanno perso il loro diritto alla libera circolazione di cui al § 6, comma 1, non possono nuovamente entrare e soggiornare nel territorio federale.

§ 6, comma 1. La perdita del diritto all'ingresso ed al soggiorno.

La perdita del diritto di cui all'art. 2, comma 1 (*che prevede il diritto all'ingresso ed al soggiorno da parte di cittadini comunitari con diritto alla libera circolazione*) può essere accertato, ferma restando la disposizione di cui al § 5, comma 5 (*che disciplina il caso in cui i requisiti per il diritto all'ingresso e soggiorno vengano meno entro i cinque anni dall'ingresso, viene con la confisca del relativo documento di soggiorno*), ed il certificato sul diritto comunitario di soggiorno oppure sul soggiorno permanente possono essere confiscati e le carte di soggiorno o di soggiorno permanente possono essere revocate, solo per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di tutela della salute pubblica (art. 39, comma 3, art. 46, comma 1, del Trattato sull'unione europea). Per i motivi di cui al primo periodo può essere rifiutato anche l'ingresso. L'accertamento del motivo della salute pubblica può essere effettuato soltanto se una malattia si verifichi entro i primi tre mesi dall'ingresso.

Dalle disposizioni citate emerge che la legge prevede una *sanzione penale* (in forma di reclusione fino ad un anno oppure di una sanzione pecuniaria) per cittadini immigrati o soggiornanti che hanno perso il loro diritto alla libera circolazione.

L'accertamento della perdita di tale diritto ed il conseguente ritiro dei relativi certificati (che attestano tale diritto di soggiorno) è subordinato a presupposti molto rigorosi e la sussistenza di ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e/o di tutela della salute pubblica (*id est*, motivi sanitari). Deve sussistere un pericolo attuale e particolarmente grave per l'ordine e la sicurezza pubblica, che tocca un interesse fondamentale della società. Questo pericolo deve fondarsi su una condotta personale del cittadino comunitario. Non è al riguardo sufficiente qualsiasi condanna penale in capo al cittadino (art. 6, comma 2, della legge sulla libera circolazione). Solo condanne non ancora cancellate dal registro federale (*Bundeszentralregister*), da cui emerga una condotta personale del cittadino che rappresenta un imminente pericolo per l'ordine pubblico, possono essere prese in considerazione (ad esempio, condanne per reati dolosi e che prevedono la reclusione per un minimo di 5 anni).

Nella valutazione dell'accertamento della perdita del diritto si deve inoltre tener conto del principio di proporzionalità³⁰ e pertanto della durata del soggiorno del cittadino comunitario (dopo cinque anni di

³⁰ Il riferimento va alla giurisprudenza della Corte di giustizia enucleata nei casi *Grzelczyk*, C 184/99, *Trojani*, C 456/02, e *Baumbast*, C 413/99. Da rilevare è, peraltro, che l'avvocatura generale presso la Corte di giustizia ha comun-

soggiorno regolare nel territorio tedesco³¹ i cittadini comunitari ed i loro familiari acquistano lo *status* di soggiornanti permanenti, che viene riconosciuto a prescindere dalla sussistenza dei requisiti necessari per la libertà di circolazione e soggiorno; in presenza di tale *status*, l'accertamento della perdita del diritto si giustifica solo per motivi molto gravi), della sua età, dello stato di salute, della sua situazione economica e familiare, della sua integrazione sociale e culturale in Germania e del suo legame con lo stato di appartenenza.

Il § 11 della legge sulla libera circolazione UE prevede l'applicazione in capo ai cittadini comunitari di alcune disposizioni della legge sul soggiorno dei cittadini extracomunitari (*Aufenthaltsgesetz*) in via analogica, tra cui alcune disposizioni di natura penale. In particolare, trovano applicazione il § 95, comma 1, n° 4 e 8, comma 2 n° 2, comma 4, ed i §§ 96 e 97 *Aufenthaltsgesetz* (esaminati in precedenza). Pertanto, il cittadino comunitario che si oppone ad un provvedimento esecutivo di cui ai §§ 46, comma 2, periodi 1 e 2 (divieto di lasciare il paese), 47, comma 1, n° 2, e comma 2 (divieto o limitazione di determinate attività politiche in contrasto con gli interessi della Repubblica federale tedesca), o che fa parte di un'associazione o un gruppo di stranieri tenuto segreto onde evitare il divieto da parte delle autorità competenti può essere punito con la reclusione fino ad un anno oppure con una pena pecuniaria (§ 95, comma 1, n° 4 e 8, in via analogica). Può essere punito con la reclusione fino a tre anni oppure con una pena pecuniaria anche chi fornisce o utilizza informazioni false od incomplete al fine di procurare per sé o per altri un titolo (permesso) di soggiorno oppure lo *status* di tollerato o chi utilizza un atto, così ottenuto con dolo, per l'inganno (§ 95, comma 2 n° 2, in via analogica).

Ai sensi dei §§ 96 e 97 (in via analogica), il cittadino comunitario può inoltre essere punito con la reclusione (a seconda della condotta, fino a 10 anni) o con una pena pecuniaria se favorisce l'ingresso o il soggiorno irregolare di stranieri nel territorio tedesco al fine di ottenere un vantaggio economico (la pena viene aumentata nel caso in cui lo straniero decede o se il favoreggiamento si svolge in maniera professionale o nell'ambito di un'associazione a delinquere).

(b.2) L'illecito amministrativo

Oltre alle sanzioni penali, la legge sulla libera circolazione UE prevede alcune sanzioni amministrative.

Freizügigkeitsgesetz/EU

§ 10. Disposizioni relative all'illecito amministrativo.

(1) Commette un illecito amministrativo chi non esibisce o non esibisce tempestivamente, in contrasto con quanto stabilito dal § 8, comma 1, n° 1 lett. b), un passaporto oppure un documento sostitutivo del passaporto.

(2) Commette un illecito amministrativo chi, in contrasto con quanto stabilito dal § 8, comma 1, n° 2, non possiede, con dolo o colpa, un passaporto oppure un documento sostitutivo del passaporto.

(3) Commette un illecito amministrativo, chi, con dolo o colpa, non porta con sé, in contrasto con quanto stabilito dal § 8, comma 1, n° 1, lett. a), un passaporto o un documento sostitutivo del passaporto.

(4) L'illecito amministrativo può essere sanzionato nei casi di cui ai commi 1 e 3 con un'ammenda pecuniaria fino a duemilacinquecento euro e nei altri casi con un'ammenda pecuniaria fino a mille euro.

que criticato la prassi tedesca in merito all'espulsione di cittadini comunitari.

³¹ Tale diritto può anche sussistere prima del termine di 5 anni in presenza di determinati requisiti.

(5) L'autorità amministrativa, ai sensi del § 36, comma 1, n° 1, della legge sull'illecito amministrativo (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), è, nei casi di cui ai commi 1 e 3, l'autorità della polizia federale di cui al regolamento relativo al § 58, comma 1 della legge sulla polizia federale.

§ 8, comma 1, n° 1, e 2. Obbligo di possedere ed esibire un documento d'identità

(1) I cittadini comunitari ed i loro familiari sono obbligati,

1. all'ingresso oppure all'uscita dal territorio federale, a

(a) portare con sé ed

(b) esibire su richiesta per l'esame al competente ufficiale,

un passaporto oppure un documento sostitutivo del passaporto,

2. a possedere per la durata del soggiorno nel territorio federale il richiesto passaporto oppure un documento sostitutivo del passaporto,

[*Omissis*]

L'*illegittimo amministrativo* di cui all'art 10 della legge, per cui è prevista un'ammenda pecuniaria fino ad importo di duemilacinquecento euro, si riferisce esclusivamente alla contravvenzione all'obbligo di possedere e/o esibire su richiesta un passaporto o valido documento sostitutivo.

Inoltre, il § 11 della legge sulla libera circolazione UE prevede l'applicazione ai cittadini comunitari del § 98, comma 2, n° 2, comma 2a, comma 3, n° 3, e dei commi 4 e 5 della legge sul soggiorno dei cittadini extracomunitari (*Aufenthaltsgesetz*) e quindi l'applicazione di alcune disposizioni sull'illecito amministrativo in via analogica.

(c) L'allontanamento dello straniero come "alternativa" alla pena

L'accertamento definitivo della perdita del diritto di soggiorno cui può essere collegata, in determinate circostanze, come visto, una sanzione penale, comporta anche l'obbligo del cittadino comunitario di lasciare il territorio tedesco (art. 7 della legge sulla libera circolazione). Nella relativa comunicazione dell'autorità competente, si deve indicare un termine (di regola di un mese) entro cui il territorio deve essere lasciato e si deve ammonire anche circa l'eventuale espulsione coatta. Qualora il cittadino comunitario non ottemperi a tale precetto, egli potrà essere espulso coattivamente.

Ai sensi del § 11, comma 2, della legge si applica infatti l'*AufenthG* nel caso in cui l'autorità amministrativa abbia accertato la non sussistenza o la perdita del diritto alla libera circolazione, fatte salve le disposizioni speciali contenute nella legge sulla libera circolazione UE. Si applicano pertanto generalmente le disposizioni relative all'espulsione ed all'allontanamento coatto dei cittadini extracomunitari. Al riguardo, si ribadisce, però, che l'accertamento della perdita del diritto alla libera circolazione quale presupposto dell'espulsione coatta di un cittadino comunitario presuppone un esame molto rigoroso³², anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. La Corte di giustizia ha, infatti, ritenuto, nella decisione *Orfanopoulos e Oliveri* del 29 aprile 2004, che la previgente (ma comunque simile all'attuale) disciplina tedesca sull'ordine di espulsione *obbligatorio* non possa trovare applicazione ai cittadini comunitari, in quanto non compatibile con la libertà di circolazione (art. 39 del Trattato istitutivo della Comunità europea e art. 3 della direttiva 64/221/CEE). La Corte ha, infatti, concluso che il diritto comunitario osta all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro fondata su motivi di prevenzione generale, ovvero che sia stata adottata con l'intento di dissuadere altri stranieri, segnatamente

³² In merito, v. la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 ottobre 2006, n° 46410/99, Üner, in *NIwZ* 2007, p. 1279; BVerfG, ordinanza del 10 maggio 2007, 2 BvR 304/07, in *InfAuslR* 2007, p. 275.

quando tale provvedimento sia stato pronunciato in modo automatico a seguito di una condanna penale, senza tener conto del comportamento personale dell'autore del reato né del pericolo che egli costituisce per l'ordine pubblico³³.

Con riferimento alla decisione in ordine al dare la priorità all'allontanamento dello straniero ovvero all'esecuzione della pena (nei casi del § 9 della legge sulla libera circolazione), non possono non richiamarsi nuovamente le disposizioni di cui al § 154b ed al § 456a del codice della procedura penale (StPO).

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta (altri) reati

Come si è visto l'immigrazione irregolare può essere configurata alla stregua di un reato, oltre che di un illecito amministrativo. Tale circostanza implica necessariamente una differenziazione anche in merito al trattamento sanzionatorio previsto per un immigrato irregolare³⁴ che commetta (altri) reati.

Va inoltre preliminarmente ricordato che la punibilità del "reato di clandestinità" viene *a priori* esclusa con riferimento agli stranieri che godono di una particolare tutela in ragione di speciali situazioni, come coloro ai quali viene concesso un permesso di soggiorno per situazioni di particolare disagio, per motivi politici, di politica pubblica internazionale o per motivi umanitari, nonché gli stranieri irregolari aventi lo *status* di tollerato o quelli che avrebbero comunque il diritto ad ottenere tale *status*.

2.1. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare soggetto ad una sanzione penale che commette altri reati

La configurazione dell'immigrazione irregolare come reato comporta, di regola, che il compimento, da parte dello straniero irregolare, di un'altra condotta penalmente rilevante concretizzi un concorso di reati. Il concorso potrà essere, a seconda delle attività criminose commesse, qualificato sia come ideale o formale (ipotesi più rara, riscontrabile, ad esempio con riferimento ai reati di falsificazione di docu-

³³ Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2006, C 441/02, che fa riferimento alle disposizioni della legge sulla libera circolazione UE ed ai relativi rinvii all'ordine di espulsione di cui alla legge tedesca sugli stranieri (extracomunitari) vigenti prima dell'entrata in vigore del *Zuwanderungsgesetz*. Secondo la Corte, tali disposizioni sull'espulsione erano – in relazione ai cittadini comunitari – insufficienti per carenza di certezza del diritto: "Non avendo recepito in maniera sufficientemente chiara nel § 12, n. 1, della legge sull'ingresso e sul soggiorno di cittadini degli Stati membri della Comunità economica europea (*Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*) del 21 gennaio 1980, le condizioni previste dal diritto comunitario per la limitazione della libera circolazione, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi incombenti su di essa in forza dell'art. 39 CE, dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 64/221/CEE, 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica e dell'art. 10 della direttiva del Consiglio, 21 maggio 1973, 73/148/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi".

³⁴ L'analisi condotta in questa sede si limita all'esame del trattamento sanzionatorio degli stranieri irregolari adulti; deve però avvertirsi che una disciplina particolare è riservata ad adolescenti che delinquono ivi inclusi gli stranieri irregolari adolescenti.

menti o in presenza di condotte criminose che si associno al reato permanente di soggiorno illegale³⁵) oppure come reale o materiale. Sono dunque ipotizzabili varie combinazioni di unicità e pluralità di fatti-reato e quindi di concorso a seconda della tipologia dei crimini commessi e delle circostanze e della tempistica del loro compimento.

Per dare un'idea del trattamento riservato allo straniero irregolare che delinque, si fornisce di seguito un quadro, per quanto sommario, di come l'ordinamento tedesco reagisca di fronte all'unicità e pluralità di fatti-reato; successivamente si dedicheranno alcuni cenni alla commisurazione della pena³⁶.

(a) Cenni sul concorso di reati

Il legislatore tedesco ha disciplinato l'istituto del concorso di reati nei §§ 52 ss. del codice penale tedesco (*StGB*). I §§ 52 ss. integrano la disciplina sulla commisurazione della pena, donde una inevitabile sovrapposizione tra le due tematiche.

Codice penale

§ 52. Unicità del reato.

(1) Se con una stessa condotta sono violate più disposizioni penali o più volte la medesima disposizione, si condanna ad una pena unica.

(2) Se sono violate più disposizioni penali, la pena è stabilita in base alla disposizione che prevede la pena più grave. Essa non può essere inferiore alla pena minima consentita dalle altre leggi applicabili.

(3) In presenza dei presupposti fissati nel § 41, il giudice, in aggiunta alla pena detentiva, può infliggere la pena pecuniaria separatamente.

(4) *Se una delle disposizioni applicabili consente l'irrogazione della pena patrimoniale³⁷ il giudice può infliggerla separatamente in aggiunta alla pena detentiva a vita o ad una pena detentiva superiore a due anni.* Si deve o si può inoltre condannare a pene accessorie, conseguenze accessorie e misure (§ 11, comma 1, n. 8) se una delle disposizioni applicabili lo impone o lo consente.

§ 53. Pluralità di reati.

(1) Se taluno ha commesso più reati che vengono giudicati contemporaneamente, e conseguentemente incorre in più pene detentive o in più pene pecuniarie, viene condannato alla pena cumulativa.

(2) Se concorrono una pena detentiva ed una pena pecuniaria, si condanna ad una pena cumulativa. Il giudice può tuttavia infliggere separatamente la pena pecuniaria; se in tali casi deve essere inflitta la pena pecuniaria per più reati, si applica una pena pecuniaria cumulativa.

(3) Se l'autore è incorso nella pena dell'ergastolo o due anni di reclusione per la violazione di una norma in base alla quale trova applicazione il § 43a (*pena patrimoniale*)³⁸ o nel caso del § 52, comma 4, *il giudice può infliggere la pena patrimoniale in aggiunta alla pena cumulativa risultante dall'applicazione dei commi 1 e 2; se in tali casi la pena patrimoniale dev'essere inflitta per più rea-*

³⁵ Si deve trattare, ovviamente, di crimini che non vengono soltanto occasionalmente commessi nell'ambito temporale del reato permanente. Al riguardo, si evidenzia che il reato permanente può anche avere un effetto di collegamento ("effetto parentesi") tra vari crimini, che vengono di conseguenza considerati alla stregua di un fatto unico ai sensi del § 52 del codice penale tedesco (*StGB*). Sul punto si avrà modo di tornare tra breve.

³⁶ Al riguardo FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Milano, Cedam, 1993, p. 461 ss, 498 ss.

³⁷ Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE del 20 marzo 2002, 2 BvR 794/95) ha dichiarato che la pena patrimoniale disciplinata dal § 43a *StGB* era incostituzionale.

³⁸ V. nota precedente.

ti, si condanna ad una pena patrimoniale cumulativa. Trova corrispondente applicazione il § 43a, comma 3.

(4) Trovano corrispondente applicazione i commi 3 e 4 del § 52.

§ 54. Determinazione della pena cumulativa.

(1) Se una delle singole pene è costituita dall'ergastolo, la pena cumulativa inflitta sarà l'ergastolo. In tutti i restanti casi, la pena cumulativa è determinata attraverso l'aumento della più elevata pena inflitta; in caso di pene di tipo diverso, attraverso l'aumento della pena di tipo più grave. Al riguardo, la persona dell'autore ed i singoli reati vengono considerati unitariamente.

(2) La pena cumulativa non può raggiungere la somma delle singole pene. Essa non deve superare i quindici anni in caso di pene detentive, *il valore del patrimonio dell'autore nel caso di pene patrimoniali*³⁹ e i settecentoventi tassi giornalieri in caso di pene pecuniarie; *trova corrispondente applicazione il § 43a, comma 1, terzo inciso.*

(3) Se la pena cumulativa deve essere costituita da pena detentiva e pecuniaria, per la determinazione del cumulo delle singole pene un tasso giornaliero corrisponde ad un giorno di pena detentiva.

§ 55. Determinazione successiva della pena cumulativa.

(1) I §§ 53 e 54 devono essere applicati anche quando chi ha già subito una condanna definitiva viene condannato, prima che la pena inflitta sia eseguita, prescritta o condonata, per un altro reato, che egli ha commesso prima della condanna precedente. Come condanna precedente deve intendersi la sentenza emessa nel precedente processo in cui potevano essere esaminati da ultimo gli accertamenti di fatto posti a fondamento della condanna.

(2) Restano salve le *pene patrimoniali*⁴⁰, le pene accessorie, le conseguenze accessorie e le misure (§ 11, comma 1, n. 8) applicate nel precedente giudizio, a meno che non vengano dichiarate inefficaci con la nuova decisione. *Ciò vale anche se l'entità della pena patrimoniale inflitta nel precedente giudizio supera il valore del patrimonio dell'autore al momento della nuova decisione.*

Presupposto necessario dello studio del concorso di reati è, in Germania come in Italia, la determinazione dei concetti di unità e pluralità di azioni. La diversa disciplina dei §§ 52 e 53 del codice penale – che si riferiscono rispettivamente al concorso ideale ed il concorso reale – dipende infatti proprio dalla circostanza che la violazione della stessa o di più norme penali avvenga per mezzo di un'unica azione o di una pluralità di azioni.

Va segnalato che la discussione sulla distinzione tra unità e pluralità di azioni (*Hand-lungseinheit* e *Handlungsmehrheit*) si riferisce in primo luogo all'alternativa «reato unico-concorso di reati», con conseguenze dirette non tanto sulla scelta di una tra le due norme che regolano il concorso, quanto sull'applicabilità o meno della normativa sul concorso. In Germania, il senso ultimo della disputa concerne in via immediata la riconducibilità della condotta al «fatto unico» del § 52 (cioè al concorso ideale, considerato come fatto unico e punito con una sola pena) o al «fatto plurimo» del § 53 (cioè al concorso reale, sanzionato invece con una pena cumulativa).

La giurisprudenza e parte della dottrina⁴¹ adottano una soluzione di tipo naturalistico: più parti di un comportamento esternamente scomponibili e costituenti frazioni di un medesimo decorso di avvenimenti rappresentano un'unica condotta allorché i diversi atti parziali sono tra loro uniti da un comune impulso della volontà e si trovano in una stretta correlazione cronologica e spaziale che li fa percepire come

³⁹ V. nota 27.

⁴⁰ V. nota 27.

⁴¹ Per ulteriori riferimenti v. FORNASARI, *op. cit.*, p. 463 s.

un solo atto da un osservatore esterno. Tuttavia, la giurisprudenza ha cercato di delimitare una così ampia estensione del concetto di unità di azione, asserendo che si è comunque in presenza di una pluralità di azioni allorché, pur con un unico dolo ed in un unico contesto spazio-temporale, si verifichi la lesione di beni giuridici altamente personali di cui siano titolari più persone.

Con riferimento ai due tipi del concorso (ideale e formale) si osserva quanto segue.

(i) Si ha concorso ideale di reati (*Idealkonkurrenz* - § 52 *StGB*) allorché l'autore, con la stessa condotta, viola più disposizioni penali (concorso eterogeneo) o più volte la stessa disposizione penale (concorso omogeneo). La previsione legislativa di tale ipotesi serve ad imporre una sanzione più lieve di quella che risulterebbe dalla somma delle pene corrispondenti ai vari reati se commessi con più condotte.

Il senso della mitigazione dell'intervento sanzionatorio viene colto comunemente, dalla dottrina tedesca, nel fatto che la realizzazione di una sola condotta implica la presenza di un *quantum* di colpevolezza comunque inferiore rispetto all'ipotesi di una pluralità di fatti. Il § 52 *StGB* ne contempla entrambe le ipotesi, senza offrirne una definizione concettuale, bensì limitandosi a fissare i principi per la determinazione della pena.

Quanto alle conseguenze giuridiche del concorso ideale, il primo comma del § 52 pone il principio generale secondo cui dev'essere irrogata una sola pena.

Nel silenzio del comma successivo, che si riferisce alla determinazione di tale pena soltanto in relazione al concorso eterogeneo, si deduce che nell'ipotesi di concorso omogeneo si debba applicare una sorta di assorbimento inasprito⁴²: la pena deve essere contenuta nei limiti edittali previsti dalla fattispecie violata come se si trattasse di una sola violazione, mentre delle particolarità del caso concreto – in sostanza: della quantità di violazioni commesse – si dovrà tener conto in sede di commisurazione, tendendo verso il massimo edittale in ragione della più consistente pluralità di reati, nonché della presenza di circostanze aggravanti.

Il principio seguito dal secondo comma del § 52 (per la determinazione dei limiti edittali della pena applicabile al concorso eterogeneo) è quello della combinazione: il quadro edittale della pena principale è fissato prendendo come massimo il massimo più elevato tra quelli previsti dalle varie disposizioni e come minimo il minimo più elevato.

Pertanto, se ad esempio vengono integrate due fattispecie il cui regime sanzionatorio è rispettivamente da due a cinque anni e da tre a quattro anni di reclusione, il risultato della combinazione sarà un quadro edittale compreso fra tre e cinque anni. Va solo precisato, al riguardo, che la valutazione sulla maggiore gravità del massimo o del minimo deve essere effettuata tenendo conto della situazione concreta, ovvero dei limiti edittali come determinati dall'eventuale presenza di circostanze aggravanti o attenuanti (v. *infra* con riferimento al § 46 *StGB*).

I commi successivi del § 52 concorrono a precisare ulteriormente il trattamento giuridico del concorso ideale: il comma 3, ad esempio, stabilisce che la pena pecuniaria può essere inflitta in aggiunta a quella detentiva, se esistono i presupposti richiesti dal § 41 *StGB*, cioè se il fatto è stato commesso con l'intento di un illecito arricchimento. Il comma 4 dà la facoltà al giudice di infliggere le pene o conseguenze accessorie e le misure di sicurezza e di rieducazione che anche solo una delle norme applicabili consente o prescrive.

(ii) Si ha *concorso reale* di reati (*Realkonkurrenz* - § 53 *StGB*) nel caso in cui l'autore abbia com-

⁴² V., nuovamente, FORNASARI, *op. cit.*, p. 472.

messo più autonomi fatti di reato che vengano giudicati nello stesso processo.

Anche il concorso reale può essere omogeneo ed eterogeneo e consta necessariamente di più condotte, pur se non è detto che nell'ipotesi di una pluralità di condotte si abbia senz'altro un concorso reale, potendosi integrare anche un'ipotesi di concorso apparente o di reato permanente (quasi esclusivamente in relazione al concorso omogeneo).

Riguardo alle conseguenze giuridiche, il § 53 *StGB* fissa al primo comma il principio base secondo il quale viene irrogata una pena cumulativa nel caso in cui più reati giudicati congiuntamente darebbero luogo all'applicazione di più pene detentive o di più pene pecuniarie; si tratterà, in tal caso, di un'unica pena detentiva o pecuniaria costruita secondo i criteri del § 54.

Il secondo comma tratta dell'ipotesi in cui vengano in questione reati puniti sia con pena pecuniaria che con pena detentiva: in tal caso, l'irrogazione della pena cumulativa (che si costruisce come pena detentiva in base alla conversione della parte di pena pecuniaria) non è obbligatoria, ma facoltativa; la norma tuttavia non fissa un criterio cui il giudice si possa richiamare nella sua valutazione discrezionale e ciò ha causato notevoli divergenze interpretative⁴³. Qualcuno ritiene, rifacendosi al tenore della norma, che la regola sia la pena cumulativa e l'eccezione la separazione tra pene detentive e pene pecuniarie. Altri ricostruiscono in senso opposto il rapporto regola-eccezione, facendo leva sull'argomentazione secondo cui in questo caso il cumulo non rappresenta necessariamente un vantaggio per l'autore, come invece in linea di principio dovrebbe essere.

Il terzo comma, che riguarda la pena patrimoniale, non dovrebbe più trovare applicazione alla luce della decisione del *Bundesverfassungsgericht* che ha dichiarato incostituzionale tale tipo di pena⁴⁴.

Il quarto comma, infine, ha un semplice effetto di rinvio, in quanto richiama anche per il concorso reale la disciplina del terzo e quarto comma del § 52, relativa all'applicazione di una pena pecuniaria al fianco di quella detentiva (consentita sul presupposto di un illecito arricchimento tramite il reato) e delle misure accessorie e di sicurezza.

I criteri per la determinazione in concreto della pena cumulativa sono fissati nel § 54 *StGB*.

Se uno dei singoli fatti è punito con l'ergastolo, la pena cumulativa è costituita dall'ergastolo stesso. In tutti gli altri casi, la pena cumulativa si ottiene attraverso un aumento della pena più grave (per la cui individuazione valgono gli stessi criteri visti in materia di concorso ideale).

Per l'aumento sono fissati i seguenti limiti: esso non può condurre ad una pena pari o superiore alla somma delle singole pene ed inoltre vi è un tetto massimo in virtù del quale la pena cumulativa non può mai superare i quindici anni in caso di pena detentiva e i settecentoventi tassi giornalieri in caso di pena pecuniaria.

Infine, se la pena cumulativa costituisce la risultante di una pena detentiva e di una pecuniaria, per la sua determinazione un tasso giornaliero corrisponde ad un giorno di detenzione.

Oltre alle regole per le ipotesi di ergastolo e di cumulo tra una pena detentiva ed una pecuniaria, il § 54 fissa pertanto una disciplina in qualche modo assimilabile al cumulo giuridico previsto in Italia per il concorso formale di reati (in Germania si parla di «criterio dell'inasprimento»), con la differenza che l'aumento consentito è indeterminato, in quanto incontra i soli limiti di un tetto massimo e del cumulo materiale.

La determinazione in concreto dell'aumento rispetto alla pena per il reato più grave è affidata alla di-

⁴³ Sulle quali, v. FORNASARI, *op. cit.*, p. 475.

⁴⁴ V. *supra* nota 27.

screzionalità del giudice, che si dovrà avvalere dei criteri di commisurazione indicati dal § 46 *StGB* (norma che sarà esaminata *infra*).

L'ultimo inciso del primo comma del § 54 fornisce tuttavia un'ulteriore indicazione, dichiarando che la personalità dell'autore ed i singoli fatti commessi devono essere considerati unitariamente, con la conseguenza che, ad esempio, l'aumento dovrà essere più contenuto allorché si tratti di più fatti occasionali non unificati da un contesto criminale e più elevato nel caso opposto (ad es., commissione di un reato per conseguire il profitto di un altro); anche il bisogno di risocializzazione dell'autore dovrà essere valutato in relazione alla pluralità di fatti nel loro insieme.

Infine, deve menzionarsi il dettato del § 55 *StGB*, secondo cui le norme che fissano i criteri per determinare la pena cumulativa (§§ 53, 54) devono essere applicate anche quando, essendo già intervenuta una condanna passata in giudicato, ma prima che la pena sia eseguita, prescritta o condonata, l'autore viene condannato per un altro fatto che aveva commesso prima della precedente condanna.

In presenza di tali presupposti, dunque, la pena cumulativa può essere stabilita anche successivamente, in un secondo giudizio, e ciò vale anche se già la prima condanna era ad una pena cumulativa. Quest'ultima va allora scomposta ed il cumulo viene ricostruito tenendo presenti le sanzioni previste per tutte le violazioni.

Dalla ricostruzione che precede emerge che la disciplina tedesca sul concorso stabilisce un sistema che determina, in presenza di più fatti-reato, un "nuovo quadro edittale" nell'ambito al quale calcolare e determinare la pena concreta da irrogare. La determinazione in concreto è affidata alla discrezionalità del giudice, che si dovrà avvalere dei criteri di commisurazione indicati dal § 46 *StGB*. Alla luce di ciò appare opportuno fornire, a questo punto, qualche cenno sul sistema tedesco relativo alla commisurazione della pena "concreta" da infliggere.

(b) Cenni sulla commisurazione della pena

Con riguardo alla commisurazione della pena, è da avvertire che una categoria assimilabile alla disciplina delle circostanze prevista nell'ordinamento italiano è mancante nel diritto penale tedesco, essendo esso privo di un'elencazione di circostanze aggravanti ed attenuanti valide in linea di principio per tutti i reati. Il legislatore tedesco fissa solamente in relazione ad alcune determinate fattispecie di parte speciale aggravanti o attenuanti indefinite cui si accompagnano modifiche edittali, che non consistono però in un aumento o una riduzione frazionaria della pena prevista per la fattispecie base, quanto piuttosto in una ridefinizione dell'intero quadro edittale. Tali ipotesi si indicano di volta in volta in «casi particolarmente gravi» (*besonders schwere Fälle*) e «casi meno gravi» (*minder schwere Fälle*), e vengono spesso raggruppati in varie categorie di casi (*Regelbeispiele*). La loro conseguenza principale è che permettono di superare i limiti edittali e che ciò è rimesso alla discrezionalità del giudice.⁴⁵

In Germania è d'altronde assai raro che un reato sia sanzionato con una pena fissa, mentre la regola è la determinazione di una cornice più o meno ampia al cui interno il giudice deve scegliere la pena più adeguata al fatto commesso.

I criteri fondamentali della *commisurazione giudiziale* della pena sono indicati dal § 46 *StGB*. Per comune ammissione, l'attività con cui il giudice determina la pena in concreto all'interno dei margini

⁴⁵ Cfr. FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi Europei di diritto penale*, 2° ed., Padova, Cedam, 2008, p. 175.

edittali ha carattere discrezionale, ma non per questo libera da vincoli: si parla, infatti, di discrezionalità giuridicamente vincolata e dipendente da principi in parte non scritti ed in parte scritti.

Quanto ai criteri non scritti, va fatto qui un breve riferimento alla teoria degli scopi della pena, che nel secolo scorso ha suscitato un dibattito molto acceso in Germania⁴⁶. La teoria che riceve attualmente seguita è la c.d. teoria dell'unificazione (*Vereinigungstheorie*), secondo la quale il giudice deve prendere in considerazione una serie di finalità della pena: quella retributiva quale necessità di proporzione tra pena e fatto di reato, quella specialpreventiva e quella generalpreventiva. In Germania, come in Italia, peraltro, si discute circa il ruolo che dovrebbe svolgere la prevenzione generale nella fase commisurativa. Secondo parte della dottrina, si dovrebbe riconoscerle comunque una qualche valenza, anche in questa fase (Jakobs); per altra parte della dottrina invece la prevenzione generale non dovrebbe avere alcuna rilevanza nella fase commisurativa, perché altrimenti si violerebbe l'art. 1 della Legge fondamentale che fissa il principio di intangibilità della dignità umana, in quanto si verrebbe a sacrificare la libertà umana per esigenze della collettività (Badura). Come in Italia, infine, si riconosce che, in caso di dubbio, debba essere riconosciuta priorità al principio di colpevolezza e con esso alla finalità retributiva.

Per quanto concerne il § 46 *StGB*, che reca i criteri scritti, la linea direttiva è duplice: da un lato, la colpevolezza va posta a fondamento della commisurazione; dall'altro, il giudice deve tener conto degli effetti della pena sulla futura vita sociale del condannato (si noti che la finalità generalpreventiva non è menzionata).

Codice penale

§ 46. Principi sulla commisurazione della pena.

(1) La colpevolezza dell'autore è il fondamento per la commisurazione della pena. Sono da tenere in considerazione gli effetti che ci si può attendere dalla pena sulla futura vita sociale dell'autore.

(2) Ai fini della commisurazione, il giudice valuta le circostanze favorevoli e contrarie all'autore. Al riguardo, vengono in considerazione:

i motivi e gli scopi dell'autore,

l'atteggiamento interiore che emerge dal fatto e la volontà esplicita nel fatto,

la misura dell'antidoverosità,

le modalità esecutive e le conseguenze colpevoli del fatto,

la vita anteatta e le condizioni personali ed economiche dell'autore,

come pure la sua condotta successiva al fatto, in particolare il suo sforzo per riparare il danno, nonché lo sforzo dell'autore di raggiungere una composizione con la parte offesa.

(3) Non sono da prendere in considerazione le circostanze che già sono elementi costitutivi della fattispecie legale.

Il comma 2 elenca una serie di elementi, ritenuti non esaustivi dalla dottrina, che hanno rilevanza al momento di valutare la gravità del fatto ed il grado di colpevolezza del reo. Tali indici fattuali possono essere raggruppati in tre categorie:

- circostanze inerenti all'aspetto psicologico del reato: i motivi e gli scopi dell'autore (n. 1) e l'atteggiamento interiore espresso nel fatto e la volontà esplicita nel fatto (n. 2);

- circostanze concernenti l'aspetto obiettivo del reato: la misura dell'antidoverosità (n. 3) – evidentemente in riferimento soprattutto ai reati colposi – e le modalità esecutive e le conseguenze colpevoli del fatto (n. 4);

⁴⁶ Per ulteriori riferimenti, cfr. FORNASARI/MENGHINI, *op. cit.*, p. 167 s., FORNASARI, *op. cit.*, p. 499 ss.

- circostanze esterne al fatto ed inerenti al comportamento, alle condizioni o alla personalità dell'autore: la vita anteatta del reo⁴⁷ e le sue condizioni personali ed economiche (n. 5), la condotta successiva al fatto ed in particolare lo sforzo per riparare il danno e per raggiungere una composizione con la parte offesa (n. 6).

Al terzo comma, il § 46 *StGB* fissa il principio secondo cui le circostanze che già sono elementi della fattispecie legale non possono essere prese in considerazione (è la riproposizione del divieto di doppia valutazione o *ne bis in idem* sostanziale).

Deve avvertirsi, però, che il fatto in sé che un reo commetta più reati in concorso ideale ha regolarmente un effetto aggravante, se vengono lesi beni giuridici o soggetti diversi dalla condotta e se uno dei delitti incorpora un'illeceità ulteriore rispetto all'altro.

Al momento di valutare la commisurazione della pena in Germania, viene in considerazione anche il disposto del § 47 *StGB*. Nonostante il minimo previsto per la pena detentiva sia di un mese, si dispone che la pena detentiva breve, che il legislatore tedesco osteggia – per l'alto rischio desocializzante - sia comminata solo in determinati casi. Secondo quanto disposto in questo articolo, infatti, il giudice infligge una pena inferiore ai sei mesi solo quando particolari circostanze relative al fatto o alla personalità dell'autore rendano indispensabile l'irrogazione di una pena detentiva per l'effetto che può esercitare sull'autore o per la difesa dell'ordinamento giuridico.

Il comma 2 applica il medesimo principio alla diversa ipotesi in cui il legislatore non abbia previsto alcuna pena pecuniaria e venga in oggetto una pena detentiva inferiore ai sei mesi. In tal caso, salvo i casi elencati al comma 1, il giudice dovrà applicare la pena pecuniaria in luogo di quella detentiva, provvedendo alla conversione per cui 30 tassi giornalieri sono pari ad un mese di detenzione.

Altra disposizione in grado di dispiegare conseguenze rilevanti in termini di commisurazione della pena è il § 49 *StGB*. Siamo di fronte a cause legislative di attenuazione della pena, casi in cui il legislatore dispone che il giudice deve, oppure può, diminuire la pena e, a tal fine, in luogo di stabilire direttamente il quantum di tale diminuzione, prevede un semplice rinvio al comma 1 o al comma 2 del § 49.

Codice penale

§ 49. Attenuanti legali speciali.

(1) Quando un'attenuazione della pena viene prescritta o consentita ai sensi della presente disposizione, vale per l'attenuazione quanto segue.

1. La pena detentiva a vita è sostituita dalla pena detentiva non inferiore a tre anni.

2. In caso di pena detentiva temporanea, può essere applicata una pena pari nel massimo a tre quarti della pena massima comminata. In caso di pena pecuniaria, trova corrispondente applicazione la stessa disposizione in riferimento al numero massimo di tassi giornalieri.

3. Il minimo della pena detentiva è diminuito nel caso di un minimo di dieci o cinque anni, a due anni, nel caso di un minimo di tre o due anni, a sei mesi, nel caso di un minimo di un anno, a tre mesi, in ogni altro caso, al minimo legislativo ordinario.

(2) Se il giudice, in forza di una legge che fa rinvio alla presente disposizione, può diminuire la pena secondo la propria discrezionalità, può ridurla fino al minimo legale della pena prevista o infliggere la pena pecuniaria in luogo di quella detentiva.

Il riferimento al comma 1 del § 49:

⁴⁷ Nel contesto della vita anteatta, può avere influenza, con effetto limitato, la c.d. "recidiva", un istituto che era autonomamente previsto dal § 48 *StGB*, ma che è stato poi abrogato.

a) comporta una decurtazione della pena obbligatoria nel § 27, comma 2 (partecipazione in posizione secondaria), nel § 30, comma 1 (tentativo di partecipazione rispetto alla partecipazione consumata), e nel § 35, comma 2, secondo inciso (errore evitabile sulle circostanze di fatto dello stato di necessità scusante);

b) comporta una decurtazione facoltativa nel § 13, comma 2 (omissione impropria rispetto alla pena per il correlativo reato commissivo), nel § 17 (errore evitabile sul divieto), e nel § 23, comma 2 (tentativo).

Il comma 1 del § 49 prevede che la pena dell'ergastolo sia sostituita con la detenzione non inferiore a tre anni, che la pena detentiva e la pena pecuniaria non possano andare oltre i 3/4 del massimo edittale. Quanto al minimo della pena detentiva, si commisura in modo tale per cui se ammonta a 10 o 5 anni scende a 2, se ammonta a 3 o 2 anni scende a 6 mesi e se ammonta a un anno scende a 3 mesi, mentre in tutti gli altri casi si commisura in base al minimo legale.

Il riferimento al § 49, comma 2, è invece previsto in termini squisitamente facoltativi, per esempio in materia di tentativo inidoneo (§ 23, comma 3). In tali casi, la discrezionalità riconosciuta al giudice è ben più ampia rispetto a quanto statuito nel comma 1. Il giudice, infatti, può diminuire la pena fino al minimo legale oppure irrogare una pena pecuniaria in luogo di quella detentiva.

(c) L'incidenza della situazione di immigrazione irregolare penalmente rilevante sulla commisurazione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

Come è chiaro il reato di ingresso e soggiorno illegale può per natura essere commesso solamente da uno straniero (si tratta di un c.d. "*Sonderdelikte*") per cui, in presenza di altri reati (e quindi di concorso), possono darsi conseguenze sanzionatorie diverse rispetto a quelle che colpiscono i cittadini tedeschi che commettono identiche condotte, ma in assenza di questo concorso. Mentre un cittadino tedesco che commette un reato viene punito per quel reato, l'immigrato illegale che ha commesso lo stesso tipo di reato è regolarmente esposto ad una pena maggiore in ragione del concorso di reati che si viene a configurare. Donde la possibilità di cogliere una peculiare natura di "aggravante" che connota l'immigrazione irregolare.

Quanto alla commisurazione della pena concreta all'interno del quadro edittale della o delle norme penali che disciplinano i crimini commessi in concorso, si sottolinea, in riferimento agli immigrati irregolari, quanto segue.

(i) Come si è visto, le circostanze che già sono elementi costitutivi della fattispecie legale non sono da prendere in considerazione nella commisurazione giudiziale, né come aggravante né come attenuante (§ 46, comma 3, *StGB*). Quindi, il fatto che uno straniero entri o soggiorni irregolarmente non può ovviamente aggravare o attenuare ulteriormente la pena prevista per la commissione del reato di clandestinità. In altre parole, poiché la clandestinità è configurata alla stregua di un reato, la fattispecie concreta di immigrazione irregolare non può essere presa in considerazione come elemento sulla cui base individuare circostanze aggravanti (ad esempio, legate alla pericolosità sociale del soggetto) ovvero attenuanti.

(ii) In presenza di concorso materiale di reati (regolarmente verificabile in caso di irregolarità), possono incidere, in maniera aggravante o attenuante sulla commisurazione della pena per i singoli reati (sulla cui base va successivamente determinata la pena cumulativa), il contesto temporale-spaziale in cui i reati vengono commessi, il fatto che reati simili vengono ripetuti in uno stretto arco temporale ed in

generale il contesto della commissione, anche alla luce dell'accrescimento dell'intensità della condotta. Non esistono, tuttavia, criteri fissi. Infatti, la commissione di reati che sono tra di loro collegati da un contesto materiale e temporale limitato può avere l'effetto di un'attenuante, ma anche di un'aggravante qualora emerga che siano l'espressione di una particolare mancanza di scrupoli del reo.

In ogni caso, deve ovviamente essere evitata una "doppia" condanna e, con riferimento al concorso materiale, non devono incidere nella determinazione della pena cumulativa da infliggere gli stessi criteri o aspetti attenuanti o aggravanti già presi in considerazione nella commisurazione della pena per i singoli reati. Deve essere assicurata un'equa determinazione unitaria della colpevolezza cumulativa. Del resto, la determinazione della pena nell'ambito del concorso materiale richiede una valutazione complessiva dell'illiceità dei singoli reati e non può limitarsi ad un'addizione delle singole pene commisurate discrezionalmente per ogni singolo reato.

(iii) Altro criterio, che appare rilevante ai presenti fini e da prendere in considerazione nella commisurazione, è la vita anteatta del reo.

Di regola, ha effetto attenuante una vita senza precedenti penali. Il modo di vita può avere un effetto (aggravante) solo se è in qualche modo rapportato al reato e/o se permette conclusioni circa una colpevolezza maggiore in riferimento alla condotta criminale oggetto del giudizio.

Precedenti condanne penali hanno solitamente un effetto aggravante se sono pertinenti o fanno ritenere che il reo agisca contrariamente a precedenti ammonizioni (possono, a determinate condizioni, anche essere prese in considerazione condanne precedenti inflitte all'estero). Il caso potrebbe pertanto riguardare lo straniero espulso e condannato che rientra nuovamente, ma in modo regolare, e poi delinque.

Lo *status* di straniero in sé non costituisce nell'ordinamento tedesco né un'aggravante (ad esempio, con la motivazione dell'abuso dell'ospitalità tedesca), né un'attenuante⁴⁸. Può però incidere nella commisurazione discrezionale della pena in maniera aggravante se lo straniero entra nel territorio federale proprio con l'intenzione di commettere crimini.

Di contro, la pena non può essere aumentata per il fatto che nel paese di origine dello straniero si prevedano sanzioni penali più elevate per la condotta commessa, mentre possono, entro un certo limite, influire in maniera attenuante l'educazione e la cultura diversa dello straniero qualora conducano ad una valutazione diversa del senso di giustizia che abbia influito sulla condotta criminale posta in essere (il senso di giustizia deve però essere in conformità con l'ordinamento del paese di provenienza). È però sempre richiesta una valutazione sulla base del singolo caso ed un'approfondita analisi dei motivi personali dello straniero. In maniera attenuante possono essere considerati inoltre, in presenza di circostanze particolari e motivate, problemi di lingua ossia di comunicazione, abitudini diverse e difficoltà che riguardano i rapporti e contatti familiari e sociali (queste circostanze potrebbero, nel singolo caso, anche influire sulla valutazione del giudice in merito all'effetto che la pena e la sua esecuzione potrebbe avere sul reo: cfr. il § 46, comma 1).

Le conseguenze di natura amministrativa derivanti dal *Zuwanderungsgesetz*, quali l'imminente espulsione o allontanamento, non rappresentano di per sé motivi che influiscono sulla determinazione della pena e dunque possono essere al più prese in considerazione solo con riferimento al caso concreto esaminato⁴⁹. Ad esempio, nel caso in cui uno straniero esposto all'espulsione *obbligatoria* (che riguarda

⁴⁸ Cfr., per i dettagli e riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 55° edizione, Beck - Monaco di Baviera, 2008, § 46, n. 43 ss.

⁴⁹ Cfr. BGH, sentenza del 23 marzo 1999 - 1 StR 19/99, in *Wistra* 1999, 262.

però regolarmente solo gli stranieri regolari) era nato e cresciuto in Germania e non abbia contatti sociali nel paese di destinazione, il giudice penale deve tener conto della particolare durezza della situazione anche nella motivazione della sua decisione. Qualora l'espulsione non sia obbligatoria o se lo straniero goda di una tutela particolare ai sensi del § 56 *AufenthG* (ad esempio, i titolari di un permesso a tempo indeterminato, familiari di un cittadino tedesco, gli aventi diritto di asilo etc.), si ritiene e si assume che l'autorità amministrativa debba tenere in considerazione la particolare durezza della situazione nell'ambito del suo potere discrezionale. Una detenzione all'estero in seguito a domanda di estradizione che sia particolarmente dura (o che si prospetta essere dura), come anche l'attesa di una doppia punizione e ripetuta persecuzione all'estero, deve invece essere considerata alla stregua di un'attenuante.

Incidono, inoltre, sulla commisurazione della pena le circostanze personali ed economiche dello straniero, come di qualsiasi reo, in particolare nella valutazione dell'effetto che la pena potrà avere sulla vita dello stesso. Tra le circostanze personali si indicano l'origine e l'educazione, l'età, lo stato di salute (ivi incluso un eventuale *handicap*), la gravidanza (solo in presenza di fattori particolari, come complicanze), la situazione familiare, la posizione sociale e lavorativa e la sensibilità dell'autore nei confronti della sanzione penale, e, in certi casi, anche il carattere (disturbi psichici che però non influiscono sulla capacità di colpevolezza). Le condizioni economiche hanno la loro massima rilevanza nell'ambito della pena pecuniaria, ma sono importanti anche al momento di scegliere tra sanzione detentiva e sanzione pecuniaria.

Non sembrano esistere dati empirici e relative analisi sulla prassi giurisprudenziale in merito al concorso di reati di cui uno riguardi l'immigrazione irregolare. Gli aspetti del diritto penale che maggiormente appaiono di interesse sono l'influenza di un'imminente espulsione sulla commisurazione della pena, le conseguenze del procedimento di espulsione sull'esecuzione della pena⁵⁰ (v. *supra*, para.) e, infine, la prassi giurisprudenziale in merito alla detenzione preventiva (*Untersuchungshaft*) con riferimento a stranieri (ivi inclusi quelli irregolari). Alcune voci dottrinali criticano infatti l'eccessiva frequenza della detenzione preventiva inflitta nei confronti degli stranieri (anche comunitari) sulla base del § 112, comma 2, n° 2, del codice di procedura penale (*StPO*) ovvero con la motivazione relativa al pericolo di fuga. Viene al riguardo osservato che la giurisprudenza tende, invece, a fondare la decisione su presupposti concreti, a basarsi, cioè, su una presunzione generale secondo cui lo straniero cerca generalmente di eludere il procedimento penale pendente nei suoi confronti.

Infine, si osserva che il tema dello stato di necessità come causa di giustificazione con riferimento allo stato di immigrato irregolare non è oggetto di dibattito in Germania. Casi di particolare disagio socio-economico vengono contemplati nell'ottica della concessione di permessi di soggiorno, con il che essi non dovrebbero potersi prospettare in funzione scriminante. Come detto, tuttavia nella commisurazione della pena possono darsi elementi riconducibili alle condizioni socio-economiche, che operano in senso attenuante.

2.2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare soggetto ad una sanzione amministrativa che commette reati

⁵⁰ In merito, v. anche BVerfGE del 11 giugno 2002 - 2 BvR 461/02, in *StraFo* 2002, p. 412 s.: il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato l'incostituzionalità del diniego generico, per il presunto pericolo di fuga o abuso, di certe benefici, generalmente concessi ai reclusi, nei confronti di detenuti stranieri durante un procedimento di espulsione.

Nei casi in cui l'immigrazione irregolare è considerata illecito amministrativo, il compimento di una condotta penalmente rilevante non può ovviamente condurre ad un concorso di reati. L'infrazione amministrativa può pertanto, in linea di principio, essere valutata nell'ambito della commisurazione giudiziale della pena come aggravante, se del caso, secondo i principi sopra indicati.

Se l'infrazione amministrativa relativa all'immigrazione irregolare e la condotta penalmente sanzionata si presentano invece come un c.d. "fatto unico" (*Tateinheit*)⁵¹, e si è pertanto in presenza del c.d. concorso "ideale" delle condotte sanzionate, il § 21 della legge sull'illecito amministrativo (*OWiG*) prevede che debba applicarsi la legge penale (c.d. "principio di sussidiarietà" della legge sull'illecito amministrativo).

§ 21. Legge sull'illecito amministrativo

(1) Se con una stessa condotta viene realizzato al contempo sia un reato che un illecito amministrativo, si applica soltanto la legge penale.

(2) Nel caso del comma 1, la condotta è però sanzionabile alla stregua di un'infrazione amministrativa, se nessuna pena viene inflitta.

Anche in tal caso, però, un eventuale contenuto autonomo o ulteriore di illiceità inerente all'infrazione amministrativa può influire in maniera aggravante sulla commisurazione della pena⁵².

Si noti, al riguardo, che l'autorità amministrativa, ove sussistano profili di carattere penale tali da far ritenere la sussistenza di una fattispecie di reato (o anche in presenza di concorso materiale), deve trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica (§ 41, comma 1, *OWiG*). La Procura della Repubblica ha un potere discrezionale nella valutazione della fattispecie amministrativa e deve comunque perseguire anche quest'ultima se ciò appare opportuno per accelerare la procedura, per il contesto fattuale o per altri motivi relativi alle indagini ed alla decisione da assumere.

Sul tema non esistono, peraltro, quanto meno con riferimento all'immigrato irregolare, né dati empirici né analisi specifiche.

⁵¹ Ciò che non sembra escluso, quanto meno in caso di soggiorno irregolare.

⁵² Cfr., ad esempio BGH, sentenza del 11 dicembre 2008, 3 StR 533/08.

REGNO UNITO

Sommario

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

1.1. Ingresso illegale e reati simili (*Immigration Act 1971, section 24*)

(a) *I soggetti*

(b) *Le condotte sanzionate*

(c) *Le pene previste*

(d) *L'allontanamento dello straniero come alternativa alla pena*

1.2. Inganno (*Immigration Act 1971, section 24A*)

(a) *I soggetti*

(b) *Le condotte sanzionate*

(c) *Le pene previste*

(d) *L'allontanamento dello straniero come alternativa alla pena*

1.3. Ingresso nel Regno Unito senza passaporto, etc. (*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004, section 2*)

(a) *I soggetti*

(b) *Le condotte sanzionate*

(c) *Le pene previste*

(d) *L'allontanamento dello straniero come alternativa alla pena*

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta (altri) reati

2.1. Cenni sul concorso materiale di reati

2.2. L'espulsione come sanzione nei confronti degli stranieri che commettano reati

3. Altre possibili forme di incidenza della situazione di immigrazione irregolare sulla commisurazione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

3.1. Cenni sulle modalità di commisurazione della pena

3.2. Il reato di immigrazione irregolare nella vita anteatta: la sua incidenza sulla determinazione della pena per altro reato

3.3. La situazione concreta dell'immigrato irregolare: (a) la sua incidenza sulla determinazione della pena per altro reato

3.4. (segue): (b) la sua incidenza ai fini della configurabilità di una causa di giustificazione

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

Dal 1971, l'immigrazione irregolare è configurata, nell'ordinamento del Regno Unito, alla stregua di un reato.

La disciplina delle fattispecie criminose è contenuta nell'*Immigration Act* del 1971 (c. 77), come modificato ed integrato da una serie di leggi successive, le più importanti delle quali sono l'*Immigration and Asylum Act* del 1999 (c. 33) e l'*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act* del 2004 (c. 19).

Il quadro delle previsioni inerenti all'immigrazione irregolare si articola in una pluralità di fattispecie criminose, le quali possono essere classificate in relazione al soggetto agente: al fianco delle disposizioni che riguardano lo straniero irregolare si pone, infatti, una articolata disciplina attraverso cui si sanzionano le condotte di coloro che rendono possibile ovvero favoriscono l'immigrazione irregolare dello straniero⁵³. Una terza categoria è costituita da una serie di fattispecie criminose specificamente concernenti violazioni puntuali di alcune previsioni dell'*Immigration Act* del 1971 poste in essere da cittadini britannici o da stranieri⁵⁴.

In questa sede, ci si concentrerà su un pur sintetico esame della prima categoria di fattispecie, che ai presenti fini appare più direttamente rilevante, omettendo l'analisi della seconda e della terza.

Le condotte penalmente rilevanti poste in essere da uno straniero in violazione della *Immigration Law* sono condensate in tre *sections*: quelle dell'*Immigration Act* del 1971 in tema di ingresso (e soggiorno) illegale (*section 24*) ed in tema di inganno (*deception: section 24A*) e quella dell'*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act* del 2004 relativa all'ingresso nel territorio del Regno Unito senza documenti di identità (*section 2*). Ad ognuna delle tre *sections* è opportuno dedicare parti-

⁵³ Il sistema delle disposizioni penali concernenti il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare appare, anche ad una osservazione superficiale, piuttosto complesso. Le previsioni fondamentali, in proposito, risalgono alla *section 25* dell'*Immigration Act* del 1971, la quale è stata integralmente sostituita dalla *section 143* del *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002 (c. 41). A seguito della novella legislativa, la vigente *section 25* dell'*Act* del 1971 ha portata generale, disciplinando la condotta di chi assiste uno straniero agevolandone in vario modo l'immigrazione irregolare, mentre le *sections 25A* e *25B* si occupano di fattispecie più specifiche (rispettivamente, il favoreggiamento dell'immigrazione di un richiedente asilo e quello dell'ingresso sul territorio in violazione di un provvedimento di allontanamento).

Il predetto *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002 ha anche introdotto fattispecie di reato specifiche relative al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare a fine di sfruttamento della prostituzione (le *sections 145* e *146*, a ciò dedicate, sono poi state sostituite dalla *section 57* del *Sexual Offences Act* del 2003 (c. 42)) ed ha modificato, alla *section 147*, la previgente disciplina dell'impiego di lavoratori stranieri irregolari prevista dalla *section 8* dell'*Asylum and Immigration Act* del 1996 (c. 49), oggi sostituita dalla *section 21* dell'*Immigration, Asylum and Nationality Act* del 2006 (c. 13).

Ulteriori previsioni dirette a colpire chi agevoli l'immigrazione irregolare nell'ottica di sfruttare altri esseri umani sono contenute nella *section 4* del già menzionato *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act* del 2004, che sanziona, tra l'altro, il favoreggiamento diretto alla riduzione in schiavitù dello straniero irregolare ed al commercio di organi.

⁵⁴ Il riferimento va, ad esempio (e soprattutto), a quanto disposto nella *section 26* dell'*Immigration Act* del 1971, in tema di «reati generali connessi all'applicazione della legge. Vi si stabilisce, *inter alia*, la perseguibilità di chi, senza una giustificazione ragionevole, non si sottopone a determinati esami oppure omette di produrre documenti, ostacola l'azione dell'ufficiale dell'immigrazione, altera certificati, permessi di lavoro, etc.

tamente alcuni cenni.

1.1. Ingresso illegale e reati simili (*Immigration Act 1971, section 24*)

Immigration Act 1971, section 24. Ingresso illegale e reati simili.

(1) Una persona che non è un cittadino britannico è colpevole di un reato punibile, a seguito di giudizio sommario, con una ammenda non superiore al livello 5 della scala *standard* o con la reclusione per non più di sei mesi, o con entrambi, in uno qualunque dei seguenti casi:

(a) se, in contrasto con la presente legge, fa scientemente ingresso nel Regno Unito in violazione di un ordine di espulsione o senza autorizzazione;

(b) se, essendo in possesso di una autorizzazione limitata ad entrare o soggiornare nel Regno Unito, scientemente

(i) soggiorna oltre il limite temporale previsto dall'autorizzazione; o

(ii) viene meno all'osservanza di una condizione dell'autorizzazione;

(c) se, avendo fatto legittimamente ingresso nel Regno Unito senza autorizzazione in virtù della precedente *section 8(1)*, soggiorna senza autorizzazione oltre il periodo concesso dalla *section 8(1)*⁵⁵;

(d) se, senza una ragionevole giustificazione, non ottempera ad una qualunque condizione impostagli in base all'Allegato 2 della presente legge di rendere dichiarazioni ad un ufficiale medico sanitario, all'ufficiale medico capo amministrativo di un distretto sanitario (*Health Board*) o all'ufficiale medico capo amministrativo di un distretto sanitario e dei servizi sociali (*Health and Social Services Board*), di assistere o di sottoporsi ad un test o ad un esame, secondo quanto richiesto da un tale ufficiale;

(e) se, senza una ragionevole giustificazione, viene meno all'osservanza di una qualunque restrizione impostagli sulla base dell'Allegato 2 o 3 della presente legge in ordine alla residenza, al suo lavoro o alla sua occupazione o al rendere dichiarazioni alla polizia, ad un ufficiale dell'immigrazione o al Ministro dell'interno (*Secretary of State*);

(f) se sbarca nel Regno Unito da una nave o da un aereo dopo essere stato collocato a bordo sulla base dell'Allegato 2 o 3 della presente legge allo scopo di un suo allontanamento dal Regno Unito;

(g) se si imbarca contravvenendo ad una restrizione imposta da o sulla base di una ordinanza (*Order in Council*) prevista dalla *section 3(7)* della presente legge.

(1A) Una persona commette un reato di cui alla precedente *subsection (1)(b)(i)* a partire dal giorno in cui prende conoscenza che il periodo di tempo limitato dalla sua autorizzazione è spirato e continua a commettere il reato per tutto il periodo durante il quale è, da quel momento in poi, nel Regno Unito; ma una persona non sarà perseguita sulla base di questa previsione più di una volta in relazione allo stesso autorizzazione limitata.

(2) *Abrogato*

(3) Il limite temporale esteso per intentare l'azione penale che è previsto dalla successiva *section 28* si applica ai reati di cui alla precedente *subsection (1)(a)* e (c).

(4) Nel procedimento per un reato di ingresso nel Regno Unito senza autorizzazione, in violazione della precedente *subsection (1)(a)*,

(a) qualunque bollo che si mostri impresso su un passaporto o su un altro documento di viaggio da un ufficiale dell'immigrazione in una data particolare al fine di concedere l'autorizzazione sarà ritenuto validamente impresso, fino a prova contraria;

⁵⁵ La *section 8* dell'*Immigration Act* del 1971 consente, a certe condizioni e per un periodo limitato, il soggiorno senza autorizzazione ai componenti dell'equipaggio di una nave o di un aereo.

(b) la prova che una persona aveva l'autorizzazione a fare ingresso nel Regno Unito spetterà alla difesa se, ma solo se, si dimostra che ha fatto ingresso entro i sei mesi anteriori alla data in cui il procedimento ha avuto inizio.

(a) I soggetti

La *section 24* individua i propri destinatari in coloro che non sono *British citizens*. Ai termini della *section 2(2)*, tuttavia, debbono equipararsi ai cittadini britannici i *Commonwealth citizens* titolari del *right of abode in the United Kingdom*, cioè il diritto di soggiornare nel Regno Unito, diritto che, sulla base del *British Nationality Act* del 1981 (c. 61), si estende, in buona sostanza (e con una qualche approssimazione), ai cittadini dei paesi appartenenti al *Commonwealth* che tali erano al 31 dicembre 1982 e che tali sono rimasti da allora, ininterrottamente.

Dalle previsioni della *section 24* non sono esclusi, in linea di principio, i cittadini comunitari; per molte delle fattispecie contemplate, tuttavia, appare difficile ipotizzare una applicazione ad essi della normativa in esame, giacché, ad esempio, i cittadini comunitari, sulla base della *section 7(1)* dell'*Immigration Act* del 1988 (c. 14), sono esentati dal richiedere l'autorizzazione all'ingresso ed al soggiorno, essendo titolari di un *right of residence*, condizionato ad una posizione lavorativa in essere ed alla disponibilità di mezzi di sussistenza idonei per sé e per la propria famiglia.

(b) Le condotte sanzionate

La *subsection 1* della *section 24* reca un elenco di fattispecie criminose assai puntuale e dettagliato, che ha però il suo fulcro nelle prime due lettere, quelle che recano le previsioni più generali: la lettera (a) punisce specificamente l'ingresso illegale, mentre la lettera (b) il soggiorno irregolare.

Con riguardo al primo, è da distinguere, sulla scorta di quanto affermato dalla *House of Lords*⁵⁶, tra l'arrivo e l'ingresso, nel senso che il raggiungere il territorio del Regno Unito non equivale a farvi ingresso: l'ingresso postula la presentazione (o la mancata presentazione) di fronte all'ufficio dell'immigrazione di frontiera. Ne discende che solo chi si presenti presso tale ufficio privo dei requisiti ovvero eluda il controllo di frontiera commette il reato di ingresso illegale; il corollario è che colui il quale si presenta senza la documentazione necessaria ma richiedendo asilo non commette il reato in questione, in quanto non viola alcuna disposizione del diritto dell'immigrazione, ma rimette all'agente di frontiera la decisione in ordine all'ingresso.

Per quel che attiene al soggiorno irregolare, le condotte punibili si sostanziano nel mancato adempimento delle condizioni poste nell'autorizzazione al soggiorno. È il caso, ad esempio, di chi svolga un'occupazione in violazione dell'esplicito divieto di assumerla. Il caso più frequente, peraltro, è quello dei c.d. *overstayers*, cioè di coloro che permangono sul territorio del Regno Unito successivamente alla scadenza del termine previsto nell'autorizzazione al soggiorno. Da notare è che, affinché il reato sussista, è necessaria – ai termini della *subsection (1A)* – la consapevolezza da parte del soggetto dello spirare

⁵⁶ Il riferimento va alla sentenza sul caso *Regina v Nailie and another*, resa il 26 maggio 1993 (per una sintesi dell'*opinion* del giudice Lord Slynn of Hadley, con cui hanno convenuto gli altri quattro membri del collegio giudicante, v. <http://www.independent.co.uk/news/uk/law-report-test-of-illegal-entry-to-united-kingdom-regina-v-nailie-and-another-house-of-lords-lord-templeman-lord-lowry-lord-brown-wilkinson-lord-slynn-of-hadley-and-lord-woolf-26-may-1993-1488986.html>).

re del termine (non è esplicitamente richiesta, invece, una analoga consapevolezza in merito alla violazione delle condizioni imposte nell'autorizzazione al soggiorno).

Tanto per l'ingresso illegale quanto per il soggiorno irregolare, non è contemplata la punibilità del tentativo.

(c) Le pene previste

I reati contemplati dalla *section 24* sono punibili *on summary conviction*, il che significa che sulla loro sussistenza si pronunciano le giurisdizioni inferiori (in Inghilterra ed in Galles, le *Magistrates' Courts*). Le sanzioni penali sono, conseguentemente, di entità piuttosto lieve, sostanziandosi in una ammenda e/o nella reclusione per un periodo non superiore a sei mesi.

L'ammenda non può eccedere il livello 5 della scala *standard*. Trattasi di un sistema di commisurazione delle sanzioni pecuniarie in relazione al quale ogni livello è identificato da una soglia massima legislativamente fissata. Ai termini della *section 37* del *Criminal Justice Act* del 1982 (c. 48), come modificata dalla *section 17(1)* del *Criminal Justice Act* del 1991 (c. 53), i livelli della scala sono cinque. Il livello 5, corrispondente alla maggiore gravità, comporta una ammenda che non può eccedere £ 5.000.

(d) L'allontanamento dello straniero come alternativa alla pena

La disciplina sanzionatoria contemplata alla *section 24* risulta, ad una verifica empirica, di limitata applicazione⁵⁷. Di preferenza, si procede, infatti, in via amministrativa, attraverso un provvedimento di allontanamento.

In generale, sono due gli strumenti mediante i quali uno straniero può essere allontanato.

Il primo è l'ordine di espulsione (*deportation order*), con cui, ai termini del par. 362 delle *Immigration Rules*, si «richiede al soggetto di lasciare il Regno Unito e [si] autorizza la sua detenzione sinché non sia stato allontanato». L'espulsione impedisce al destinatario di rientrare nel paese finché l'ordine è in vigore ed ha l'effetto di invalidare ogni precedente autorizzazione all'ingresso o al soggiorno. Il successivo par. 363 individua nelle seguenti le circostanze in cui può farsi luogo ad espulsione: «(i) quando il Ministro dell'interno (*Secretary of State*) ritiene che l'espulsione della persona contribuisca al bene pubblico; (ii) quando la persona è coniuge o *partner* o figlio infradiciottenne di una persona colpita dall'ordine di espulsione; e (iii) quando un giudice raccomanda l'espulsione nel caso di una persona di età superiore ai diciassette anni che sia stato condannato per un reato punibile con la reclusione». Su quest'ultimo caso, è da rimarcare come sia lo stesso giudice procedente che può pronunciarsi (secondo quanto stabilito nella *section 6* dell'*Immigration Act* del 1971) nel senso della opportunità di un allontanamento in via amministrativa, evidentemente configurato alla stregua di una alternativa alla inflizione della pena. Sul punto, si avrà comunque modo di tornare (cfr. *infra*, par. 2.2.), giacché trattasi di una possibilità offerta al giudice per una gamma assai ampia di ipotesi coinvolgenti stranieri che commettono reati.

La seconda modalità per allontanare uno straniero è quella dell'emanazione di un provvedimento di allontanamento in senso stretto (*administrative removal*), disciplinato dalla *section 10* dell'*Immigration and Asylum Act* del 1999, secondo cui «una persona che non è un cittadino britannico può essere allon-

⁵⁷ Cfr. K. BROWNE, *Immigration Law*, Guildford, College of Law, 2009, p. 169.

tanato dal Regno Unito, in conformità alle direttive impartite da un ufficiale dell'immigrazione, se (a) essendo in possesso di una autorizzazione all'ingresso o al soggiorno limitata, non ottempera ad una condizione collegata all'autorizzazione o rimane oltre il limite temporale dell'autorizzazione; (b) ha ottenuto l'autorizzazione al soggiorno con la frode; o (c) sono state impartite direttive [...] per l'allontanamento, in base a questa *section*, di una persona [...] alla cui famiglia appartiene».

1.2. Inganno (*Immigration Act 1971, section 24A*)

Immigration Act 1971, section 24A. Inganno.

(1) Una persona che non è un cittadino britannico è colpevole di un reato se, con mezzi che includono l'inganno da parte sua,

(a) ottiene o cerca di ottenere l'autorizzazione all'ingresso o al soggiorno nel Regno Unito;

o

(b) ottiene o cerca di ottenere l'annullamento, il differimento o la revoca dell'azione esecutiva a suo danno.

(2) "Azione esecutiva", in relazione alla persona, significa

(a) l'impartire direttive per il suo allontanamento dal Regno Unito [...] in base all'Allegato 2 della presente legge o della *section 10* dell'*Immigration and Asylum Act 1999*;

(b) il disporre un ordine di espulsione a suo carico in base alla *section 5* della presente legge;

(c) il suo allontanamento dal Regno Unito in conseguenza di direttive o di un ordine di espulsione.

(3) Una persona colpevole di un reato in base a questa *section* è punibile

(a) a seguito di un giudizio sommario, con la reclusione per un periodo non eccedente sei mesi o con una ammenda che non ecceda il massimo previsto da fonti del diritto politico, o con entrambi; o

(b) a seguito di un giudizio formale, con la reclusione per un periodo non eccedente i due anni o con una ammenda, o con entrambi.

(4) *Abrogato*

(a) I soggetti

Relativamente ai destinatari delle previsioni di cui alla *section 24A*, può rinviarsi a quanto si è detto *supra*, par. 1.1. *sub* (a), giacché sussiste una piena congruenza con i soggetti nei confronti dei quali opera la *section 24*.

(b) Le condotte sanzionate

Con la *section 24A* si prendono in considerazione condotte riconducibili al *genus* dell'immigrazione irregolare (in relazione all'ingresso ed al soggiorno), che vengano connotate dall'inganno perpetrato da parte dello straniero al fine di fare ingresso o di permanere nel territorio del Regno Unito. Il disvalore supplementare rispetto a fattispecie previste nella *section 24* giustifica la punibilità anche del tentativo.

L'inganno deve essere determinante (*material*), sebbene non si richieda che sia l'unico mezzo attra-

verso cui ottenere lo scopo perseguito dallo straniero. Secondo quanto stabilito dalla *House of Lords*, nel concetto di «inganno» non possono essere annoverate tutte le omissioni in merito a circostanze rilevanti per la concessione o meno dell'autorizzazione (nella specie, all'ingresso): lo straniero non ha, infatti, l'obbligo positivo di fornire un'informazione completa sulle sue condizioni, ma soltanto quello di rispondere correttamente alle domande che gli vengano formulate⁵⁸.

L'indefettibilità dell'elemento soggettivo del reato fa sì che sia ovviamente esclusa la sussistenza dell'inganno allorché lo straniero abbia fatto ingresso nel Regno Unito grazie alla presentazione di un documento rivelatosi falso, senza che della falsità lo straniero fosse a conoscenza⁵⁹.

Nel disciplinare *ex novo* il reato in esame, l'*Immigration and Asylum Act* del 1999 ha altresì previsto, in ciò dando seguito ad una esplicita presa di posizione della *Divisional Court*⁶⁰, una specifica causa di giustificazione, basata sull'applicazione dell'art. 31, par. 1, della Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, ai termini del quale «gli Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari».

La *section* 31(1) del predetto *Act* del 1999 stabilisce, al riguardo, che «è una causa di giustificazione per un rifugiato accusato di un reato cui si applica questa *section* il dimostrare che, essendo giunto nel Regno Unito direttamente da un paese in cui la sua vita o libertà era minacciata (nel significato della Convenzione sui rifugiati), (a) si è presentato spontaneamente e senza ritardo alle autorità nel Regno Unito; (b) ha mostrato una buona causa per il suo ingresso o la sua presenza illegale; e (c) ha fatto richiesta di asilo non appena ciò è stato ragionevolmente possibile dopo il suo arrivo nel Regno Unito».

Come è chiaro, la causa di giustificazione si applica soltanto a coloro che vengono ammessi in via definitiva allo *status* di rifugiato, tanto che, ad esempio, la *section* 24A ha dato luogo alla condanna di un soggetto che aveva utilizzato una falsa identità per chiedere una seconda volta asilo, dopo il rigetto della prima istanza⁶¹.

(c) Le pene previste

I reati contemplati nella *section* 24A possono configurarsi, in ragione della loro maggiore o minore gravità, come reati per i quali è sufficiente un giudizio sommario, di fronte alle *Magistrates' Courts*, ovvero come reati che richiedono un giudizio formale di fronte alla *Crown Court*.

Nel primo caso, le pene sono identiche a quelle previste per i reati di cui alla *section* 24: la reclusione fino a sei mesi e/o l'ammenda sino a £ 5.000. Nel secondo caso, invece, oltre all'ammenda è prevista la reclusione fino a due anni.

Nella prassi, la tendenza è all'irrogazione di pene detentive, mentre le sanzioni pecuniarie colpiscono

⁵⁸ V. la sentenza sul caso *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Khawaja*, [1984] 1 AC 74, consultabile *on line* alla pagina <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/8.html>.

⁵⁹ Così la sentenza della *Court of Appeal* sul caso *R v Immigration Officer, ex parte Chan*, [1992] 1 WLR 541.

⁶⁰ Cfr. la decisione sul caso *Uxbridge Magistrates' Court, ex parte Adimi*, [1999] 4 All ER 520, consultabile *on line* alla pagina <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/1999/765.html>.

⁶¹ In tal senso, v. la decisione sul caso *R v Nagmadeen*, [2003] EWCA 2004 (una sintesi della decisione è consultabile alla pagina <http://www.lccsa.org.uk/index2.asp?ItemID=4683&pcid=-9&cid=11&mid=75&mid2=24&mid3=21&incid=53&archive=yes>).

i reati di minore gravità. La valutazione del disvalore delle condotte è manifestato anche dalla notevole frequenza dei casi in cui, alla luce di una prognosi circa le sanzioni da irrogare, il giudizio viene deferito dalle *Magistrates' Courts* alla *Crown Court*⁶².

Significative, a tal proposito, sono alcune affermazioni rese dalla *Court of Appeal*, che ha sottolineato la gravità dei reati di cui alla *section 24A*, derivante dai rischi che essi comportano in ordine all'efficacia del sistema di controllo dell'immigrazione. Da ciò è stato ritenuto che, se un riconoscimento della colpevolezza da parte dell'imputato deve condurre ad una riduzione di pena, non altrettanto più dirsi in ordine alle circostanze personali dell'imputato, attesa la generale necessità di commisurare la pena in funzione deterrente⁶³.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è posta la stessa *Court of Appeal* allorché ha stabilito che, nel commisurare la pena, non dovrebbe prendersi in considerazione la presumibile fondatezza di una istanza di asilo che non fosse ancora stata vagliata dalle competenti autorità⁶⁴.

(d) L'allontanamento dello straniero come alternativa alla pena

Il rigore con il quale vengono giudicate le condotte disciplinate dalla *section 24A* non impedisce che sovente i giudici si pronuncino nel senso di raccomandare l'espulsione del reo. In effetti, è stato ritenuto che tale raccomandazione fosse adeguata finanche in casi che andavano ben al di là della commissione di «semplici» reati di immigrazione, come, ad esempio, il contrarre un falso matrimonio per restare nel Regno Unito⁶⁵ o l'utilizzare un passaporto contraffatto per ottenere un *national insurance number*, sorta di codice fiscale, necessario, tra l'altro, per fruire di determinati servizi sociali⁶⁶.

1.3. Ingresso nel Regno Unito senza passaporto, etc. (*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004, section 2*)

Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004, section 2. Ingresso nel Regno Unito senza passaporto, etc.

(1) Una persona commette un reato se, in un colloquio per l'autorizzazione o l'asilo, non ha con sé un documento di immigrazione che

(a) è valido, e

(b) stabilisce in maniera soddisfacente la sua identità e la sua nazionalità o cittadinanza.

(2) Una persona commette un reato se, in un colloquio per l'autorizzazione o l'asilo, non ha con sé, riguardo ad ogni figlio a carico con cui afferma di viaggiare o di vivere, un documento di immigrazione che

(a) è valido, e

⁶² Per queste valutazioni, v. P. MURPHY (ed.), *Blackstone's Criminal Practice. 2007*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 985.

⁶³ V. la sentenza sul caso *R v Nasir Ali*, [2002] 2 Cr App R (s) 32.

⁶⁴ Cfr. la sentenza sul caso *R v Kishientine*, [2004] EWCA Crim 3352, consultabile *on line* alla pagina <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2004/3352.html>.

⁶⁵ Cfr. *R v Ahemed*, [2006] 1 Cr App R (S) 419.

⁶⁶ Cfr. *R v Benabbas*, [2005] EWCA Crim 2113, consultabile *on line* alla pagina <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2005/2113.html>.

- (b) stabilisce in maniera soddisfacente l'identità e la nazionalità o cittadinanza del figlio.
- (3) Ma una persona non commette un reato in base alle *subsections* (1) o (2) se
- (a) il colloquio cui si fa riferimento in quella *subsection* ha luogo dopo che la persona ha fatto ingresso nel Regno Unito, e
- (b) entro un periodo di tempo di tre giorni decorrenti dalla data del colloquio la persona fornisce ad un ufficiale dell'immigrazione o al *Secretary of State* un documento del tipo di quello cui si fa riferimento in quella *subsection*.
- (4) È una causa di giustificazione per la persona accusata del reato di cui alla *subsection* (1)
- (a) il provare che è cittadino di uno Stato membro dello Spazio economico europeo,
- (b) il provare che è membro della famiglia di un cittadino di uno Stato membro dello Spazio economico europeo e che sta esercitando un diritto in base ai trattati comunitari con riguardo all'ingresso o alla residenza nel Regno Unito,
- (c) il provare che ha una ragionevole giustificazione per non essere in possesso di un documento del tipo specificato nella *subsection* (1),
- (d) il produrre un documento di immigrazione falso ed il provare che ha utilizzato questo documento come un documento di immigrazione per qualunque effetto connesso al suo viaggio nel Regno Unito, o
- (e) il provare che ha viaggiato verso il Regno Unito senza aver mai avuto in suo possesso, in alcun momento dall'inizio del suo viaggio, un documento di immigrazione.
- (5) È una causa di giustificazione per la persona accusata del reato di cui alla *subsection* (2) riguardo ad un figlio
- (a) il provare che il figlio è cittadino di uno Stato membro dello Spazio economico europeo,
- (b) il provare che il figlio è membro della famiglia di un cittadino di uno Stato membro dello Spazio economico europeo e che il figlio sta esercitando un diritto in base ai trattati comunitari con riguardo all'ingresso o alla residenza nel Regno Unito,
- (c) il provare che la persona ha una ragionevole giustificazione per non essere in possesso di un documento del tipo specificato nella *subsection* (2),
- (d) il produrre un documento di immigrazione falso ed il provare che è stato utilizzato come un documento di immigrazione per qualunque effetto connesso al suo viaggio nel Regno Unito, o
- (e) il provare che ha viaggiato verso il Regno Unito con il figlio senza aver mai avuto in suo possesso, in alcun momento dall'inizio del suo viaggio, un documento di immigrazione per il figlio.
- (6) Nel caso in cui l'accusa per un reato di cui alla *subsection* (1) o (2) è relativa ad un colloquio che ha luogo dopo che l'accusato ha fatto ingresso nel Regno Unito
- (a) le *subsections* (4)(c) e (5)(c) non si applicano, ma
- (b) è una causa di giustificazione per l'accusato il provare che ha una ragionevole giustificazione per il non fornire un documento in conformità con la *subsection* (3).
- (7) Agli effetti delle *subsections* (4) e (6),
- (a) il fatto che un documento sia stato deliberatamente distrutto o eliminato non è una ragionevole giustificazione per il non essere in suo possesso o per il non fornirlo in conformità con la *subsection* (3), a meno che non si dimostri che la distruzione o l'eliminazione sia stata
- (i) per una causa ragionevole, o
- (ii) al di fuori del controllo della persona accusa del reato, e
- (b) nel par. (a)(i) "causa ragionevole" non include lo scopo di
- (i) ritardare il trattamento o la decisione sull'istanza o sul ricorso o l'assunzione della decisione
- (ii) aumentare le possibilità di successo dell'istanza o del ricorso, o

(iii) conformarsi alle istruzioni o i consigli impartiti da una persona che offre pareri in proposito, o che favorisce l'immigrazione nel Regno Unito, a meno che nelle circostanze specifiche sia irragionevole attendersi un mancato rispetto delle istruzioni o dei consigli.

(8) Ai fini di questa *section*, si presume che una persona non abbia con sé un documento se omette di produrlo, a richiesta, ad un ufficiale dell'immigrazione o ad un ufficiale del *Secretary of State*.

(9) Una persona colpevole di un reato di cui alla presente *section* è punibile

(a) a seguito di un giudizio formale, con la reclusione per un periodo di tempo non eccedente i due anni, con una ammenda o con entrambi, o

(b) a seguito di un giudizio sommario, con la reclusione per un periodo di tempo non eccedente i dodici mesi, con una ammenda che non ecceda il massimo previsto da fonti del diritto politico, o con entrambi.

(10) Se un agente di polizia o un ufficiale dell'immigrazione sospetta ragionevolmente che una persona abbia commesso un reato di cui alla presente *section* può arrestarla senza mandato.

(11)–(17) *Omissis*

(a) I soggetti

La *section 2* del *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act* del 2004 prevede reati che possono essere commessi soltanto da stranieri che provengano da Stati diversi da quelli che fanno parte dello Spazio economico europeo.

(b) Le condotte sanzionate

Le condotte sanzionate si sostanziano nel mancato possesso di documenti che rendano possibile l'individuazione della identità e della cittadinanza dello straniero o dei figli a suo carico.

La *ratio* della previsione consiste, come è chiaro, nella reazione contro comportamenti che creano difficoltà al sistema di controllo. Deve peraltro evidenziarsi che, ancor più delle preoccupazioni di ordine generale, pesano quelle inerenti la consapevolezza del comportamento. Si intende, infatti, punire, non già chi sia privo di documenti, ma, semmai, chi, durante il viaggio, distrugga o comunque si liberi dei documenti, sull'assunto che, chi si imbarca, per nave o in aereo, verso il Regno Unito deve possedere un passaporto o un documento equivalente da esibire al vettore. Il fatto di essere dei *sans papiers* una volta arrivati a destinazione deriva, dunque, in linea di principio, da una precisa volontà del soggetto. Se ne ha una conferma scorrendo l'elenco delle cause di giustificazione, tra le quali figurano quelle dell'aver viaggiato con un documento falso (*subsections* (4)(d) e (5)(d)) e l'aver viaggiato senza documenti (*subsections* (4)(e) e (5)(e)).

(c) Le pene previste

Il mancato possesso del passaporto viene punito secondo forme quasi integralmente coincidenti con quelle stabilite per il caso dell'inganno di cui alla *section 24A* dell'*Immigration Act* del 1971 (dove l'opportunità di un rinvio, in questa sede, a quanto detto *supra*, par. 1.2. *sub* (c)). L'unica differenza con-

siste nel periodo massimo di reclusione che può essere inflitto a seguito di un giudizio sommario: dodici mesi, anziché i sei previsti dalla predetta *section 24A*.

Alla luce dell'avvertita necessità di commisurare la pena in funzione deterrente, la *Court of Appeal* ha ritenuto pressoché inevitabile, per il reato ora in esame, l'inflizione di una pena di tipo detentivo⁶⁷.

(d) L'allontanamento dello straniero come alternativa alla pena

Circa il ricorso all'allontanamento dello straniero in chiave alternativa alla sanzione penale, non costano, né nel diritto politico né nel *case law*, affermazioni che caratterizzano il reato in questione rispetto alla generalità dei reati. Deve, dunque, rinviarsi a quanto si dirà *infra*, par. 2.2.

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta (altri) reati

La configurazione, nelle forme descritte in precedenza, dell'immigrazione irregolare alla stregua di un reato ha l'ovvia conseguenza che, al compimento, da parte dello straniero irregolare, di una condotta penalmente rilevante, si concretizza un concorso materiale di reati. Per dar conto del trattamento riservato allo straniero irregolare che delinque, occorre dunque preliminarmente fornire un quadro, per quanto sommario, di come l'ordinamento del Regno Unito reagisca di fronte alla pluralità di fatti-reato.

Allorché l'autore di reati sia uno straniero, tuttavia, come già si è avuto modo di accennare, possono darsi conseguenze sanzionatorie diverse rispetto a quelle che colpiscono i cittadini, donde la possibilità di cogliere, almeno su questo punto, una peculiarità che connota il concorso di reati di cui uno consista nell'immigrazione irregolare (alla stessa stregua, però, giova ribadirlo, di un qualunque concorso di reati commessi da uno straniero).

2.1. Cenni sul concorso materiale di reati

Nel diritto penale inglese, il concorso materiale di reati dà luogo alla c.d. condanna consecutiva (*consecutive sentence*), sulla base della quale vengono comminate tante pene, da espiare in successione, quanti sono i reati⁶⁸.

In tempi relativamente recenti, è peraltro invalso il principio secondo cui il concorso materiale di reati richiede una risposta, a livello sanzionatorio, ispirata al *totality principle*, vale a dire ad un principio che può essere accostato, in buona sostanza, al sistema del cumulo giuridico.

Il fondamento del principio viene rintracciato in una sentenza del 1970, nella quale la *Court of Appeal* ha sottolineato che il dovere ultimo del giudice, nel caso di condanne per diversi reati, è quello di assicurare che la condanna, globalmente, non sia eccessiva⁶⁹. Più compiutamente, in una decisione

⁶⁷ Cfr. la sentenza sul caso *R v Bei Bei Wang*, [2005] EWCA Crim 293.

⁶⁸ Sul tema, v., per un inquadramento generale, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2002, 520 ss.

⁶⁹ V. la sentenza sul caso *R v Bocskey*, [1970] 54 Crim. App. R. 519.

del 1972⁷⁰, si è affermato che «quando [...] casi di pluralità di reati giungono di fronte alla corte, la corte non deve accontentarsi di fare un calcolo aritmetico e pronunciare la condanna che l'aritmetica produce. Deve avere riguardo alla globalità (*totality*) del comportamento criminale e chiedersi quale sia la condanna appropriata per tutti i reati».

In sostanza, «l'effetto del *totality principle* è di richiedere al giudice penale che ha pronunciato una serie di condanne, ognuna correttamente calcolata in relazione al reato per cui è comminata ed ognuna correttamente posta nella sequenza, in conformità con i principi che reggono le condanne consecutive, di controllare la condanna aggregata e considerare se l'aggregato è “giusto ed appropriato”»⁷¹.

Il *totality principle*, che ha ricevuto, qualche anno fa, anche un significativo avallo legislativo⁷², è, peraltro, in alcuni casi, derogato da quei giudici che seguono il modello della «condanna collettiva». Sulla base di questo modello, si ha una inversione rispetto alla regola generale: si individua la pena complessiva e solo in un secondo momento si determinano le condanne specifiche per le singole condotte criminose.

Al di là di queste eccezioni, il *totality principle* assume una connotazione sovente più teorica che concreta. Nella prassi, infatti, le caratteristiche della procedura penale inglese fanno sì che sia solo (molto) eventuale il caso in cui un soggetto venga chiamato a rispondere di tutti i reati che ha commesso: a tal riguardo, deve sottolinearsi come – sia pure in misura minore di quanto avvenga negli Stati Uniti – una larga parte dei processi penali venga condizionata da un *plea bargain*, cioè da un accordo antecedente alla fase dibattimentale in cui l'imputato riconosce totalmente o parzialmente la propria colpevolezza, solitamente in cambio di benefici in termini di pena.

Gli effetti in concreto di questa «giustizia negoziata» sulla pena inflitta in caso di concorso di reati emergono con chiarezza dal brano che si riporta, tradotto, di seguito⁷³.

Un sospetto che è interrogato dalla polizia circa un reato ed ammette che lo ha commesso può essere ulteriormente interrogato circa altri crimini, finora irrisolti, che presentano una qualche somiglianza con il crimine che ha confessato. Se il sospetto fosse responsabile di alcuni o di tutti questi altri crimini, potrebbe cionondimeno essere poco disposto a riconoscere la responsabilità se ogni crimine comparisse come un capo d'accusa separato su un atto d'accusa contro di lui. Si è quindi sviluppato un sistema che consente al reo di ammettere altri reati senza in realtà essere condannato per questi. È conosciuto come il «prendere in considerazione» altri reati nel pronunciare la condanna. La procedura può essere utilizzata sia nelle *Magistrates' Courts* che nella *Crown Court* [ergo, sia per i reati minori che per quelli più gravi].

La polizia prepara un elenco di altri reati che ritiene o sospetta che il reo abbia commesso [oltre quello per cui si procede]. Il reo studia l'elenco e, se lo desidera, indica che ha commesso almeno alcuni dei reati. Quindi sottoscrive l'elenco, dopo che siano stati cancellati quei reati che nega di aver commesso. L'inchiesta preliminare avrà quindi luogo con riguardo, probabilmente, al reato per il quale il reo è stato arrestato e per uno o due dei più gravi degli altri reati. L'atto di accusa è redatto di

⁷⁰ Trattasi della sentenza della *Court of Criminal Appeal* sul caso *Barton* del 6 ottobre 1972. La decisione, inedita, è sinteticamente analizzata in N. JAREBORG, *Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?*, in A. ASHWORTH – M. WASIK (ed.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 134 s.

⁷¹ Così D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division*, 2^a ed., London, Heinemann, 1979, 56.

⁷² Il riferimento va alla *section 158(2)* del *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act* del 2000 (c. 6), in cui si stabilisce che «niente impedisce ad una corte [...] (b) di mitigare la sua condanna, in un caso in cui il reo sia stato condannato per uno o più altri reati, applicando una qualunque norma giuridica riguardante la globalità delle condanne».

⁷³ Il brano è tratto da J. SPRACK, *Emmins on Criminal Procedure*, 9^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, 343 s.

conseguenza. Al processo, il reo si riconosce colpevole in relazione ai capi d'accusa. Nel corso della sua sintesi dei fatti, l'accusa comunica al giudice che il reo desidera avere altri reati «presi in considerazione». Il giudice, cui viene consegnato l'elenco dei reati che il reo ha sottoscritto, gli chiede se ammette di aver commesso ognuno dei reati e se vuole che siano presi in considerazione quando la condanna sia pronunciata. Alla risposta affermativa del reo, il giudice si conformerà quasi sempre alla sua richiesta. L'accusa non fornirà tutti i dettagli del modo in cui i reati sono stati commessi, ma può comunicare al giudice, ad esempio, il valore totale della proprietà rubata negli altri reati e la somma recuperata.

Nel pronunciare la condanna, il massimo che la corte può imporre è il massimo per i reati per cui il reo è stato condannato. Questo, in pratica, non è una limitazione significativa che si impone ai poteri della corte, poiché le pene massime sono solitamente di molto eccedenti ciò che la corte vorrebbe imporre anche per una fattispecie grave del reato in questione. [...]

Il giudice non dovrebbe prendere in considerazione automaticamente altri reati semplicemente perché l'accusa e la difesa così desiderano. Quando gli altri reati sono di un diverso genere da quello addebitato nell'atto di accusa, può non essere corretto accettare la richiesta di prenderli in considerazione. [...]

La ricostruzione della prassi contenuta nel brano che precede suggerisce la conclusione che lo straniero irregolare che delinque difficilmente vedrà la sua pena significativamente aumentata in considerazione del concorso materiale di reati: la negoziazione, infatti, potrà produrre la mancata considerazione, da parte dell'accusa, del reato minore consistente nella violazione del diritto dell'immigrazione, specie allorché i reati contenuti nell'elenco citato siano molteplici.

2.2. L'espulsione come sanzione nei confronti degli stranieri che commettano reati

Immigration Act 1971, section 3. Previsioni generali per la regolamentazione ed il controllo.

(1)–(5) Omissis

(6) Senza pregiudizio per l'efficacia della precedente *subsection* (5), una persona che non è un cittadino britannico sarà altresì passibile di espulsione dal Regno Unito se, dopo aver raggiunto l'età di diciassette anni, è stata condannata per un reato per il quale è punibile con la reclusione e sulla base della sua condanna è oggetto di raccomandazione per l'espulsione da parte di una corte che ha il potere di farlo in base alla presente legge.

(7)–(9) Omissis

Immigration Act 1971, section 6. Raccomandazioni da parte della corte per l'espulsione.

(1) Quando, in base alla precedente *section* 3(6), una persona condannata per un reato è passibile di espulsione su raccomandazione di una corte, può essere oggetto di raccomandazione per l'espulsione da parte di qualsiasi corte che abbia il potere di condannarla per il reato a meno che la corte la blocchi ai fini di una condanna o per essere ulteriormente giudicata per quel reato da parte di un'altra corte [*Omissis*].

(2) Una corte non dovrà raccomandare una persona per l'espulsione a meno che alla medesima non sia stata data comunicazione scritta da almeno sette giorni nella quale si afferma che una persona non è passibile di espulsione se è cittadino britannico, si descrivono le persone che sono cittadini britannici e si afferma (per quanto rilevante) l'effetto della precedente *section* 3(8) e della successiva *section* 7; tuttavia, i poteri di rinvio conferiti dalla *section* 10(3) del *Magistrates' Courts Act* 1980, dalla *section* 179 o 380 del *Criminal Procedure (Scotland) Act* 1975 o da qualunque norma simile in vigore, al momento, nell'Irlanda del Nord dovranno includere il potere di rinvio, dopo aver condannato un reo, allo scopo di consentire di dargli la comunicazione di cui alla presente *subsection* o, se

la comunicazione gli sia stata data da meno di sette giorni, allo scopo di consentire far trascorrere i necessari sette giorni.

(3) Ai fini della precedente *section 3(6)*,

(a) una persona dovrà essere considerata come di età superiore ai diciassette anni al momento della sua condanna se, in considerazione di ogni prova disponibile, tale appare alla corte che sta raccomandando o considera di raccomandare l'espulsione; e

(b) la questione se un reato è uno di quelli per i quali una persona è punibile con la reclusione dovrà essere determinata senza aver riguardo a qualunque norma che restringa la reclusione per i minorenni o per i delinquenti non recidivi o per persone che non siano state precedentemente condannate alla reclusione;

e, ai fini dell'espulsione, una persona che, accusata di un reato, si è scoperto che lo ha commesso, dovrà, malgrado ogni norma contraria e malgrado la corte non proceda alla condanna, essere considerata come una persona condannata per il reato, ed i riferimenti alla condanna dovranno essere in tal senso interpretati.

(4) Nonostante qualunque regola procedurale che restringa gli oggetti da prendere in considerazione nel trattare un reo che è stato condannato alla reclusione, una raccomandazione per l'espulsione può essere formulata con riguardo ad un reo che è stato condannato alla reclusione a vita.

(5) Nel caso in cui una corte raccomandi o presuma di raccomandare una persona per l'espulsione, la validità della raccomandazione non dovrà essere posta in questione salvo che in base ad un appello contro la raccomandazione o contro la condanna sulla cui base è stata formulata; ma

la raccomandazione dovrà essere considerata come una condanna al fine di qualunque norma che prevede un appello contro la condanna.

(b) *Abrogato*

(6) Un ordine di espulsione non dovrà essere emanato in base alla raccomandazione di una corte finché un appello o un ulteriore appello sia pendente contro la raccomandazione o contro la condanna sulla cui base è stata fatta [...].

(7) [*Omissis*]

Come accennato in precedenza, il compimento di reati da parte di uno straniero ultradiciassettenne può condurre, in alternativa alla esecuzione della condanna alla reclusione, alla raccomandazione da parte del giudice procedente dell'espulsione del soggetto dal Regno Unito. Si tratta di un provvedimento che, colpendo qualunque straniero (con la limitata eccezione di alcuni cittadini irlandesi o del *Commonwealth*⁷⁴)⁷⁵, non si connette specificamente alla eventuale situazione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno del non cittadino.

Da notare è, peraltro, che la decisione del giudice in ordine alla (raccomandazione di) espulsione può essere superata dal *Secretary of State*, il quale, in presenza di una condanna per un reato grave o per una serie di reati minori, può comunque procedere, nonostante l'assenza di una raccomandazione proveniente dal giudice, all'espulsione, facendo all'uopo valere ragioni di sicurezza pubblica.

⁷⁴ Ai termini della *section 7* dell'*Immigration Act* del 1971, non sono passibili di espulsione quei cittadini della Repubblica d'Irlanda o del *Commonwealth* i quali, al 1° gennaio 1973, fossero residenti stabili (*ordinary residents*) e che, successivamente, lo siano stati nei cinque anni anteriori all'eventuale provvedimento di espulsione. La *section 7(2)* precisa che, in deroga alle regole generali, non si perde il privilegio dell'esenzione dall'espulsione nel caso in cui il carattere di *ordinary resident* venga meno in conseguenza della permanenza sul territorio britannico in violazione delle norme che regolano il soggiorno (su tali fattispecie, v. *supra*, par. 1.1.).

⁷⁵ Per un caso di espulsione che ha riguardato uno straniero regolarmente (e da lungo tempo) presente nel Regno Unito, v., ad esempio, *Samaroo v Secretary of State for the Home Department*, [2001] EWCA Civ 1139, consultabile *on line* alla pagina <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1139.html>.

Nell'ottica di un maggior rigore nei confronti della criminalità di provenienza straniera, si segnala l'introduzione, con il *UK Borders Act* del 2007 (c. 30), di alcune fattispecie di espulsione automatica, di cui dà conto la *section 32* dell'*Act* (la *section 33*, invece, stabilisce alcune eccezioni).

***UK Borders Act* del 2007, *section 32*. Espulsione automatica.**

- (1) In questa *section* "delinquente straniero" indica una persona
 - (a) che non è cittadino britannico,
 - (b) che è condannata nel Regno Unito per un reato, e
 - (c) alla quale si applica la condizione 1 o 2.
- (2) La condizione 1 è che la persona sia condannata ad un periodo di reclusione di almeno 12 mesi.
- (3) La condizione 2 è che
 - (a) il reato sia specificato dall'ordinanza del *Secretary of State* di cui alla *section 72(4)(a)* del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* (c. 41) (delinquenti gravi), e
 - (b) la persona sia condannata ad un periodo di reclusione.
- (4) Ai fini della *section 3(5)(a)* dell'*Immigration Act 1971* (c. 77), l'espulsione di un delinquente straniero contribuisce al bene pubblico.
- (5) Il *Secretary of State* deve emanare un ordine di espulsione con riguardo ad un delinquente straniero (fatta salva la *section 33*).
- (6) Il *Secretary of State* non può revocare un ordine di espulsione emanato in conformità alla *subsection (5)*, a meno che
 - (a) ritenga che si applichi una eccezione di cui alla *section 33*,
 - (b) la domanda di revoca sia fatta mentre il delinquente straniero è fuori dal Regno Unito, o
 - (c) si applichi la *section 34(4)*.
- (7) La *subsection (5)* non stabilisce un diritto individuale di azione riguardo alle conseguenze della mancata osservanza da parte del *Secretary of State*.

***UK Borders Act* del 2007, *section 33*. Eccezioni.**

- (1) La *section 32(4)* e (5)
 - (a) non si applica nel caso in cui una eccezione di cui alla presente *section* si applica (fatta salva la successiva *subsection (7)*), e
 - (b) è soggetta alle *sections 7* e *8* dell'*Immigration Act 1971* (eccezioni relative ai cittadini del *Commonwealth*, ai cittadini irlandesi, agli equipaggi ed altre).
- (2) L'eccezione 1 si ha nel caso in cui l'allontanamento del delinquente straniero in esecuzione dell'ordine di espulsione violerebbe
 - (a) i diritti individuali di cui alla Convenzione [*id est*, lo *Human Rights Act* del 1998 (c. 42)], o
 - (b) gli obblighi che si impongono al Regno Unito in base alla Convenzione sui rifugiati.
- (3) L'eccezione 2 si ha quando il *Secretary of State* ritenga che il delinquente straniero avesse meno di 18 anni alla data della condanna.
- (4) L'eccezione 3 si ha quando l'allontanamento del delinquente straniero dal Regno Unito in esecuzione di un ordine di espulsione violerebbe i diritti del delinquente straniero previsti dai trattati comunitari.
- (5) L'eccezione 4 si ha quando il delinquente straniero
 - (a) è il soggetto di un documento di cui alla *section 2* o *79* dell'*Extradition Act 2003* (c. 41),
 - (b) è sotto custodia in esecuzione di un arresto di cui alla *section 5* di quella legge,
 - (c) è il soggetto di un mandato provvisorio di cui alla *section 73* di quella legge,
 - (d) è il soggetto nei confronti del quale una autorità procede ai sensi della *section 7*

dell'*Extradition Act* 1989 (c. 33) o è il soggetto di un ordine di cui al par. 4(2) dell'Appendice 1 di quella legge, o

(e) è il soggetto di un mandato provvisorio di cui alla *section* 8 di quella legge o di un mandato di cui al par. 5(1)(b) dell'Appendice 1 di quella legge.

(6) L'eccezione 5 si ha quando uno qualunque dei seguenti ha effetti nei confronti del delinquente straniero

(a) un ordine di ricovero coatto o un ordine di protezione parentale di cui alla *section* 37 del *Mental Health Act* 1983 (c. 20),

(b) una direttiva di ricovero di cui alla *section* 45A di quella legge,

(c) una direttiva di trasferimento di cui alla *section* 47 di quella legge,

(d) un ordine di costrizione di cui alla *section* 57A del *Criminal Procedure (Scotland) Act* 1995 (c. 46),

(e) un ordine di protezione parentale di cui alla *section* 58 di quella legge;

(f) una direttiva di ricovero di cui alla *section* 59A di quella legge;

(g) una direttiva di trasferimento per cura di cui alla *section* 136 del *Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act* 2003 (asp 13), o

(h) un ordine o una direttiva di cui ad una previsione che corrisponde ad una previsione specificata nei par. da (a) a (g) e che ha effetti in relazione all'Irlanda del Nord.

(7) L'applicazione di una eccezione

(a) non ostacola l'emanazione di un ordine di espulsione;

(b) non si traduce né nella presunzione che la deportazione della persona responsabile contribuisca al bene pubblico né che non vi contribuisca;

ma la *section* 32(4) si applica nonostante l'applicazione dell'eccezione 1 o 4.

Sulla scorta di quanto stabilito nelle due *sections*, la condanna alla reclusione per un periodo superiore a dodici mesi ovvero la condanna per uno dei reati (comunque gravi) espressamente indicati comporta un automatismo dell'espulsione a danno dello straniero. Per questa regola, sono previste soltanto alcune limitate eccezioni, che riguardano essenzialmente soggetti protetti in virtù di atti sovranazionali (i rifugiati o i cittadini di Stati membri dell'Unione europea) o comunque da proteggere in ragione di situazioni particolari (connesse al procedimento di estradizione) o di determinate condizioni di salute (si prendono in considerazione segnatamente disturbi psichici).

3. Altre possibili forme di incidenza della situazione di immigrazione irregolare sulla commisurazione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

Ricostruita l'incidenza del reato di immigrazione irregolare nel caso di concorso materiale di reati, resta adesso da valutare se, ed entro quali limiti, l'immigrazione irregolare possa avere riflessi, in altre forme, sulla tipologia e sull'entità della pena comminata per un (altro) reato.

In proposito, occorre prendere preliminarmente atto della circostanza che uno dei tratti peculiari del diritto penale inglese è rappresentato dall'ampia discrezionalità di cui gode il giudice nel determinare la pena. Pur tenendo presente una tale discrezionalità (i cui margini verranno sinteticamente evocati nel prossimo paragrafo), ben possono darsi – almeno a livello teorico – ipotesi nelle quali la commisurazione della sanzione venga orientata, più o meno marcatamente, dalla sussistenza di elementi che sono ca-

ratteristici o che possono essere caratteristici (anche) dell'immigrazione irregolare. Onde condurre una analisi su di essi, converrà distinguere tra i casi nei quali l'immigrazione irregolare viene in rilievo in quanto reato e quelli in cui è la situazione fattuale, in sé e per sé considerata, a poter (o dover) essere presa in considerazione.

3.1. Cenni sulle modalità di commisurazione della pena

Fino a non molti anni fa, i giudici inglesi erano generalmente liberi di stabilire quale condanna ritenessero appropriata in relazione al compimento di un determinato reato, dal momento che la loro discrezionalità risultava limitata soltanto dalla previsione di massimi edittali (invero solitamente molto elevati) per talune fattispecie. Si erano così formate prassi decisorie dalle quali si traevano, con ampia approssimazione, i margini entro cui contenersi nei «casi normali»; questa prassi aveva, peraltro, assunto un rilievo tale che si riconosceva il diritto del condannato di impugnare qualora la sanzione risultasse superiore al margine superiore ricavabile da questa sorta di *consuetudo judicandi*⁷⁶.

L'incertezza che un tale sistema ingenerava ed il verificarsi non infrequente di situazioni nelle quali due fatti in tutto simili venivano puniti con condanne significativamente diverse ha fatto sì che il diritto inglese conoscesse, a far tempo dagli anni novanta (ma con un'accelerazione negli ultimi anni), una evoluzione significativa.

Limitandosi, in questa sede, a qualche cenno sul sistema attuale⁷⁷, deve rilevarsi che il *Criminal Justice Act* del 2003 (c. 44), la cui *part 12* è specificamente dedicata al «*Sentencing*», ha profondamente innovato l'intero sistema sanzionatorio, semplificando il quadro delle pene irrogabili, riducendo drasticamente la discrezionalità giudiziale in ordine alla determinazione delle pene più gravi⁷⁸, ma soprattutto – per quanto qui rileva – introducendo alcuni accorgimenti diretti a rendere più agevolmente predeterminabile l'entità della pena da infliggere.

La *part 12* dell'*Act* si apre con l'elencazione degli obiettivi che debbono muovere i giudici nel comminare la pena, e cioè «(a) la punizione dei delinquenti, (b) la riduzione della criminalità (includendovi la sua riduzione attraverso la deterrenza), (c) la correzione e la riabilitazione dei delinquenti, (d) la protezione dei consociati, e (e) la riparazione da parte dei delinquenti nei confronti delle persone colpite dai loro reati» (*section 142(1)*)⁷⁹.

Vengono poi stabiliti, in via legislativa, criteri per determinare la gravità del reato (*section 143*), il ri-

⁷⁶ Cfr. C.M.V. CLARKSON – H.M. KEATING, *Criminal Law. Text and Materials*, 3^a ed., London, Sweet&Maxwell, 1994, 70 ss.

⁷⁷ Per ragguagli in ordine all'evoluzione prodottasi nei primi anni novanta, v. C.M.V. CLARKSON – H.M. KEATING, *Criminal Law*, cit., spec. 76 ss.; per un aggiornamento al 2002, v. J. SPRACK, *Emmins on Criminal Procedure*, cit., 328 ss.

⁷⁸ Sul punto, tuttavia, il *Criminal Justice and Immigration Act* del 2008 (c. 4) ha segnato un parziale ritorno al passato, giacché i vincoli introdotti nel 2003 per i reati sessuali ed i reati di violenza commessi da soggetti qualificati come socialmente pericolosi sono stati allentati, principalmente per ovviare al sovraffollamento degli istituti di pena che l'applicazione dell'*Act* del 2003, con il suo automatismo in chiave di maggior rigore, aveva contribuito a creare.

⁷⁹ Si noti che l'elenco non pone un ordine di priorità. In tal senso, viene rilevato, in SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Guideline – Overarching Principles: Seriousness*, December 2004, 3 [consultabile *on line* alla pagina http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/Seriousness_guideline.pdf], che «la legge non indica che uno scopo debba essere più importante di qualsiasi altro e nella prassi possono tutti essere pertinenti in grado maggiore o minore in ogni caso specifico», con il che spetta al giudice «il compito di determinare il modo in cui essi si applicano» (sulle *Guidelines* cui v. *infra*, nel testo).

conoscimento di benefici per chi si dichiara colpevole (*section* 144), la necessità di aumentare la pena in caso di reati aggravanti da motivi razziali o religiosi (*section* 145) o dalla connessione con la disabilità o l'orientamento sessuale delle vittime (*section* 146). Si pongono, poi, restrizioni al potere discrezionale di infliggere pene dirette specificamente alla riabilitazione del reo ed al ristabilimento dell'armonia nella comunità (*Community Sentences: sections* 147 e seguenti), pene di tipo detentivo (*Custodial Sentences: sections* 152 e seguenti) ed ammende (*Fines: sections* 162 e seguenti).

Sono stati introdotti, infine, strumenti para-normativi per ulteriormente vincolare le determinazioni dei giudici in ordine alle pene da comminare. All'uopo è stato istituito (*section* 167) un Consiglio per le linee-guida sulle condanne (*Sentencing Guidelines Council*), presieduto dal *Lord Chief Justice* e composto da sette membri (c.d. *judicial members*) da lui designati previa consultazione con il *Secretary of State* e con il *Lord Chancellor* e da altri quattro membri (c.d. *non-judicial members*) nominati dal *Secretary of State* previa consultazione con il *Lord Chancellor* ed il *Lord Chief Justice*. Il *Council* si affianca (*recitius*, si sovrappone) al preesistente Comitato consultivo sulle condanne (*Sentencing Advisory Panel*), i cui membri – designati dal *Lord Chancellor* (*section* 169) – sono chiamati a dare pareri nei confronti del *Council*, alla stessa stregua di quanto facevano, in precedenza, nei confronti della *Court of Appeal*, cui era stato attribuito in un primo periodo il compito di redigere le linee-guida sulle condanne.

Trattasi di linee-guida per mezzo delle quali si integra il dettato normativo⁸⁰, secondo le modalità stabilite dalla *section* 172 del *Criminal Justice Act* del 2003.

***Criminal Justice Act* 2003, *section* 172. Obbligo per la corte di avere riguardo a linee-guida sulle condanne.**

(1) Qualunque corte deve

(a) aver riguardo, nel condannare un reo, a tutte le linee-guida che sono pertinenti al caso del delinquente, e

(b) aver riguardo, nell'esercitare qualunque altra funzione concernente la condanna di delinquenti, a tutte le linee-guida che sono pertinenti all'esercizio della funzione.

(2) Nella *subsection* (1), con "linee-guida" si indicano le linee-guida sulle condanne diffuse dal *Council* ai termini della *section* 170(9) come linee-guida definitive, come modificate da successive linee-guida diffuse nello stesso modo.

Il *Sentencing Guidelines Council* ha diffuso, dal dicembre 2004 a tutto il 2008, diciotto testi recanti

⁸⁰ La procedura che conduce alla redazione di *sentencing guidelines* è così descritta sul sito del *Sentencing Guidelines Council*, alla pagina <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/process/index.html>:

«Fase 1. Il *Sentencing Guidelines Council* decide di considerare un particolare argomento al fine di dettare linee-guida. Il *Council* può aver deciso autonomamente l'argomento o può essergli stato suggerito dal *Sentencing Advisory Panel* o dal *Secretary of State*.

«Fase 2. Il *Council* incarica, quindi, il *Sentencing Advisory Panel* di fornire un parere sull'argomento.

«Fase 3. Il *Sentencing Advisory Panel* consulta i consulenti previsti dalla legge ed un più ampio pubblico come parte della sua ricerca. La relazione consultiva è pubblicata, e resa disponibile su questo sito. L'approccio normale è di cercare proposte scritte, concedendo 12 settimane per le risposte.

«Fase 4. Il *Panel* esamina le risposte.

«Fase 5. Il *Panel* sottopone il suo parere al *Council*.

«Fase 6. Il *Council* si forma un giudizio preliminare e trasmette una bozza di linee-guida al *Secretary of State*, al Parlamento e ad ogni altra parte ritenga opportuna. La bozza di linee-guida ed il parere reso dal *Panel* al *Council* sono pubblicati simultaneamente.

«Fase 7. Il *Council* concede fino a due mesi per ricevere commenti sulla bozza di linee-guida e poi trasmette una versione definitiva delle linee-guida che è vincolante per tutte le corti in Inghilterra e nel Galles [sul valore – presumibilmente non vincolante – delle linee-guida, v., però, *infra*, nel testo].

«Fase 8. Il *Sentencing Guidelines Council* tiene quindi le linee-guida sotto controllo, in modo tale che esse possano essere modificate e sviluppate secondo le necessità.».

linee-guida definitive, concernenti profili generali (ad esempio, su come valutare la gravità del reato) o su reati specifici (ad esempio, la violenza domestica o i reati sessuali) o, ancora, sulle modalità attraverso cui comminare determinate pene (ad esempio, quelle introdotte nel *Criminal Justice Act* del 2003)⁸¹. Al fianco di questa produzione, sempre più cospicua⁸², si pongono le linee-guida diffuse dalla *Court of Appeal*, che ha pubblicato, nel marzo 2005, un compendio – poi costantemente aggiornato⁸³ – della produzione in materia.

Uno degli ambiti nei quali può più compiutamente cogliersi l'operatività in concreto del sistema formato dal combinarsi del diritto di fonte legislativa con strumenti para-normativi quali le linee-guida è quello della individuazione delle circostanze aggravanti ed attenuanti.

La *section* 156(1) del *Criminal Justice Act* del 2003 detta il quadro di riferimento generale in materia, stabilendo che le corti debbono «prendere in considerazione ogni informazione disponibile sulle circostanze del reato o (se del caso) del reato e del reato o dei reati ad esso associati, ivi incluse tutte le circostanze aggravanti o attenuanti». La *section* 166(1) integra tale previsione stabilendo che si possa prendere in considerazione «ogni elemento che, ad avviso della corte, sia idoneo a mitigare la condanna».

Le linee-guida, e segnatamente quelle del dicembre 2004 dal titolo *Guideline – Overarching Principles: Seriousness*, recano elenchi (esplicitamente non esaustivi) di aggravanti e di attenuanti di portata generale, con l'avvertenza che le linee-guida relative a singoli reati individuano le circostanze in maniera più specifica⁸⁴. Ed in effetti, dalle linee-guida generali non emergono che direttive piuttosto vaghe, le quali divengono assai più puntuali nelle linee-guida precipuamente riguardanti uno o più reati, al cui interno si stabiliscono gli orientamenti da seguire (ad esempio, indicando un massimo ed un minimo di anni di reclusione da infliggere) in relazione alle modalità con cui il reato è stato commesso ed alle circostanze che lo hanno accompagnato.

Il punto è, tuttavia, che le linee-guida sono state da sempre ritenute «autorevoli» (*authoritative*), ma non formalmente vincolanti (*binding*), nella misura in cui un giudice può discostarsene, a condizione che spieghi il motivo per cui lo fa⁸⁵. Del resto, è stato evidenziato che la stessa *section* 172 del *Criminal Justice Act* del 2003 impone alle corti di «aver riguardo» alle linee-guida pertinenti, con il che esse non possono essere ignorate, certo, ma ciò nondimeno non debbono essere pedissequamente seguite in qualunque circostanza⁸⁶.

In definitiva, se è vero che l'evoluzione degli ultimi anni ha portato a ridimensionare la discrezionalità del giudice inglese nella determinazione della pena, è altresì vero che gli esiti di questa evoluzione appaiono ancora piuttosto lontani dalle forme che assume, sul tema, l'applicazione del principio di legalità nei sistemi continentali⁸⁷.

⁸¹ L'elenco completo delle *sentencing guidelines* è consultabile *on line* alla pagina <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/council/final.html>.

⁸² Le prime *sentencing guidelines* risalgono al dicembre 2004, ma circa la metà di quelle fino ad oggi diffuse lo sono state nel 2008.

⁸³ Il quarto, ed allo stato ultimo, aggiornamento risale al luglio 2008. I testi prodotti dalla *Court of Appeal* sono consultabili *on line* accedendo alla pagina <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/other/courtappeal/default.asp>.

⁸⁴ Cfr. SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Guideline – Overarching Principles: Seriousness*, cit., 6 s.

⁸⁵ In tal senso, la *Court of Appeal* si è espressa nella sentenza sul caso *R v Johnson*, [1994] 15 Cr App R (S) 827.

⁸⁶ Cfr. la sentenza resa dalla *Court of Appeal* sul caso *R v Oosthuizen*, [2006] 1 Cr App R (s) 385.

⁸⁷ Sulla discrezionalità del giudice inglese nella fase di irrogazione della pena, in una prospettiva comparata, v. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., 506 ss.

3.2. Il reato di immigrazione irregolare nella vita anteatta: la sua incidenza sulla determinazione della pena per altro reato

In assenza di previsioni specificamente riguardanti i reati di immigrazione irregolare come elementi della vita anteatta del soggetto autore di un reato, si impone il riferimento alla disciplina generale, oggi contenuta nella *section 143 del Criminal Justice Act del 2003*.

Criminal Justice Act 2003, section 143. Il determinare la gravità del reato.

(1) Nel considerare la gravità di un qualunque reato, la corte deve considerare la colpevolezza del reo nel commettere il reato e qualunque danno che il reato ha causato, era diretto a causare o avrebbe prevedibilmente potuto causare.

(2) Nel considerare la gravità di un reato (“il reato attuale”) commesso da un reo che abbia una o più precedenti condanne, la corte deve trattare ogni precedente condanna come una circostanza aggravante, se (nel caso di quella condanna) la corte ritiene che possa ragionevolmente considerarla tale, avendo riguardo, in particolare, a

(a) la natura del reato al quale la condanna si riferisce e la sua rilevanza per il reato attuale, e

(b) il periodo di tempo intercorso dalla condanna.

(3)–(5) [*Omissis*]

Il *Criminal Justice Act 2003*, nel configurare l’esistenza di aggravanti in relazione a precedenti condanne, lascia (sul punto riprendendo precedenti disposizioni legislative) un’ampia discrezionalità in capo al giudice nel valutare se, in effetti, la natura del reato precedente ed il tempo intercorso dalla condanna rendano «ragionevole» un incremento della pena per il nuovo reato. L’assenza di linee-guida al riguardo contribuisce a rendere libero il giudice penale: la ragionevolezza, infatti, viene letta, da una giurisprudenza ormai consolidata, come il divieto di irrogare una pena la cui severità, superiore alla media, sia giustificata esclusivamente da una vita anteatta dalla quale risultino molteplici reati⁸⁸.

Tenendo conto della relativa tenuità dei reati di immigrazione irregolare e della loro natura, appare presumibile che essi possano non avere una particolare rilevanza. Non è stato tuttavia possibile riscontrare precedenti giurisprudenziali in proposito. Ora, questa lacuna può probabilmente spiegarsi – quanto meno in parte – ricollegandosi alle conseguenze sanzionatorie previste per i reati in questione, i quali, come regola generale (v. *supra*, segnatamente il par. 1.1. *sub* (d)), implicano l’espulsione del reo.

In buona sostanza, i reati di immigrazione irregolare non agiscono, in linea di principio, come circostanze aggravanti essenzialmente perché il presupposto per questa operatività dovrebbe essere quello di una doppia immigrazione: dopo essere stati condannati (ed espulsi), si dovrebbe rientrare sul territorio del Regno Unito e, successivamente, commettere reato. Se, poi, anche la seconda immigrazione fosse irregolare, allora la valenza della prima condanna finirebbe comunque per diluirsi nell’ambito di una commisurazione della pena fortemente influenzata dalle modalità attraverso cui si sanziona il concorso materiale di reati (sul quale, v. *supra*, par. 2.1.).

3.3. La situazione concreta dell’immigrato irregolare: (a) la sua incidenza sulla determinazione della pena per altro reato

La situazione concreta di immigrazione irregolare (nonché, più in generale, la condizione di immi-

⁸⁸ Cfr. le sentenze sui casi *R v Galloway*, [1979] 1 Cr App R (S) 311, e *R v Bailey*, [1988] 10 Cr App R (S) 231.

grato) non viene presa in considerazione, né tra i precedenti giudiziari né nelle linee-guida sulle condanne, come elemento sulla cui base individuare circostanze aggravanti (ad esempio, legate alla pericolosità sociale del soggetto) ovvero attenuanti.

Una tale considerazione si coniuga, ovviamente, alla configurazione dell'immigrazione irregolare alla stregua di un reato; ma ad essa non è estranea neppure una certa quale indifferenza del diritto penale inglese nei confronti delle condizioni materiali che fanno da sfondo al compimento del reato. Da ciò si ricava la difficoltà di cogliere l'esistenza di circostanze rilevanti in sede di commisurazione della pena in situazioni che caratterizzano, in linea di principio, l'immigrato irregolare, quali il disagio economico o l'emarginazione.

Del resto, persino quelle teorie, pure molto diffuse in Inghilterra, che pongono l'accento sulla necessità di rendere la pena effettivamente proporzionata alla colpevolezza del reo⁸⁹ tendono ad escludere, salvo casi eccezionali, situazioni di disagio economico anche grave⁹⁰.

In proposito non pare che possano trarsi smentite dalle – per vero episodiche – decisioni nelle quali le difficoltà economiche non dovute a colpa del reo sono state considerate ai fini di una mitigazione della pena, concorrendo con la dimostrazione del «buon carattere» del soggetto⁹¹.

Né valgono ad intaccare l'orientamento generale le affermazioni giudiziali con cui si evidenzia, in generale, la «vulnerabilità» di determinati soggetti: al riguardo, pare opportuno ricordare la sentenza sul caso *R v Xu & Ors*, con la quale la *Court of Appeal*, nell'enucleare gli elementi nella specie da considerare ai fini della commisurazione della pena, ha fatto esplicito riferimento agli immigrati irregolari come a soggetti che, per la condizione in cui versano, sono soggetti a sfruttamento da parte di altri⁹².

Se, dunque, nel caso appena citato, l'immigrazione irregolare ha influito (sia pur blandamente) nel senso di mitigare la pena, non può, tuttavia, trarsi da esso alcuna indicazione di ordine generale in merito alla configurabilità di una circostanza attenuante. Al più, il giudice, facendo uso della sua discrezionalità, potrà, se lo ritenga opportuno, prendere in considerazione – come, appunto, avvenuto nella specie – la situazione in parola. Si tratterà, tuttavia, di una decisione del tutto autonoma, come dimostra anche il fatto che nelle linee-guida sulle condanne non si traggono indicazioni dirette a rendere necessario il far pesare, nella commisurazione della pena, le circostanze socio-economiche del reo. Quanto mai significativi, al riguardo, sono i precitati elenchi contenuti nelle linee-guida dal titolo *Guideline – Overarching Principles: Seriousness*, che di seguito si riportano.

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Guideline – Overarching Principles: Seriousness*, December 2004.

§ 1.22. Elementi che indicano una più elevata colpevolezza

- Reato commesso in regime di libertà provvisoria per altri reati
- Mancata ottemperanza a precedenti condanne
- Reato aggravato da motivi razziali o religiosi

⁸⁹ Si pensi, in particolare, alla *desert theory* propugnata da Andrew von Hirsch (al riguardo, può citarsi, di recente, A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2005).

⁹⁰ Per una ricostruzione del dibattito in corso nel mondo anglosassone, v. B.A. HUDSON, *Doing Justice to Difference*, in A. ASHWORTH – M. WASIK (ed.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, cit., spec. 242 ss.

⁹¹ D.A. THOMAS, *Principles of Sentencing*, cit., 185, cita, in tal senso, la sentenza sul caso *R v Redding*, del 10 marzo 1966.

⁹² V. *R v Xu & Ors*, [2007] EWCA Crim 3129, consultabile *on line* alla pagina <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2007/3129.html>.

- Reato motivato da, o che dimostra, ostilità verso la vittima basata sul suo orientamento sessuale (o sul presunto orientamento sessuale)
- Reato motivato da, o che dimostra, ostilità basata sulla disabilità della vittima (o sulla presunta disabilità)
- Previa/e condanna/e, specie allorché un modello di recidiva è scoperto
- Premeditazione di un reato
- Intenzione di cagionare un danno più grave di quello effettivamente risultante dal reato
- Delinquenti che operano in gruppi o bande
- Delinquente “professionale”
- Commissione del reato per profitto finanziario (nel caso in cui questo non sia inerente al reato)
- Elevato profitto dal reato
- Tentativo di occultamento o di inquinamento di prova
- Mancata ottemperanza a diffide o preoccupazioni espresse da altri circa il comportamento del reo
- Reato commesso in regime di permesso
- Reato motivato dall’ostilità verso un gruppo minoritario o un componente o componenti di questo
- Deliberato mirare a vittima/e vulnerabile/i
- Commissione di un reato sotto l’influsso di alcol o droghe
- Utilizzo di un’arma per spaventare o cagionare lesioni alla vittima
- Deliberati e gratuiti violenza o danno a proprietà, oltre ed al di là quanto sia richiesto per compiere il reato
- Abuso di potere
- Abuso di una posizione di fiducia

§ 1.23. Elementi che indicano un danno di livello più grave rispetto all’usuale

- Molteplici vittime
- Un effetto fisico o psicologico particolarmente grave sulla vittima, anche se non premeditato
- Un’aggressione intensa o aggressioni ripetute alla stessa vittima
- Vittima particolarmente vulnerabile
- Luogo del reato (ad esempio, un luogo isolato)
- Reato commesso contro coloro che lavorano nel settore pubblico o che forniscono un servizio al pubblico
- Presenza di altri, ad esempio parenti, ed in particolare figlio o *partner* della vittima
- Degradazione ulteriore della vittima (ad esempio, fare fotografie della vittima come parte di un reato sessuale)
- Nei reati contro la proprietà, elevato valore (incluso il valore sentimentale) della proprietà per la vittima, o importanti perdite conseguenti (ad esempio, nel caso in cui il ladro di un’attrezzatura causi un grave sconvolgimento della vita o degli affari di una vittima)

[*Omissis*]

§ 1.25. Elementi che indicano una colpevolezza significativamente attenuata

- Un grado di provocazione superiore a quello normalmente atteso
- Malattia mentale o disabilità
- Gioventù o età, nel caso in cui essa influenzi la responsabilità del singolo imputato

3.4. (segue): (b) la sua incidenza ai fini della configurabilità di una causa di giustificazione

La tendenziale chiusura nei confronti della situazione materiale in cui può trovarsi l'immigrato irregolare che si è riscontrata con riferimento alle circostanze (aggravanti e) attenuanti trova conferma (ed anzi un ovvio rafforzamento) allorché si vadano ad ipotizzare l'esistenza di situazioni in presenza delle quali possa prospettarsi una causa di giustificazione.

Nel novero delle scriminanti previste all'interno del diritto inglese, non figurano, infatti, fattispecie che possano ricondursi a situazioni di particolare disagio sociale o economico. In linea teorica, tre concetti potrebbero venire in rilievo, e cioè la *duress by threats*, la *duress of circumstances* e la *necessity*⁹³; come si dirà subito, tuttavia, nessuno di essi può essere efficacemente applicato alla condizione di immigrato irregolare.

In primo luogo, non vale appellarsi alla c.d. *duress by threats*, cioè alla coercizione derivante da minacce. Trattasi di una *excuse* (cioè di una condizione che non cancella la illiceità della condotta né la colpevolezza dell'autore, ma che esenta quest'ultimo soltanto dalla pena) che esime dalla condanna – salvo che si proceda per omicidio o per tradimento – chi abbia agito in quanto sopraffatto dal pericolo, proveniente da altro essere umano, di morte o di un grave danno fisico alla sua persona o a quella di un familiare. La situazione di grave disagio sociale ed economico di un immigrato irregolare può, al limite, dar luogo ad un pericolo di danno fisico grave (derivante, ad esempio, da un digiuno prolungato); la *duress by threats*, però, non è invocabile in quanto la minaccia non proviene da un terzo. Né può applicarsi questa *excuse* qualora possano dimostrarsi le minacce rivolte all'agente dall'organizzazione criminale che abbia reso possibile il suo ingresso illegale nel Regno Unito, giacché la *duress* non è invocabile da parte di chi entra volontariamente in contatto con criminali dediti all'uso della violenza, esponendosi così al pericolo di essere coercito⁹⁴.

Radicalmente esclusa è, ai presenti fini, l'ipotetica applicazione di un secondo tipo di *duress*, cioè la *duress of circumstances*, in quanto questa presuppone che il pericolo sia diretto verso persone diverse dall'agente o dai suoi familiari⁹⁵: alle difficoltà già evocate in relazione alla *duress by threats* si aggiunge dunque quella – certo non secondaria – concernente la traslazione del pericolo su un soggetto diverso dall'agente.

Infine, neppure la *necessity* (che, a differenza della *duress*, si pone come una vera e propria scriminante) è invocabile. Il pericolo contro cui il soggetto agisce proviene, in questo caso, da fonte non umana, ma deve essere diretto – come per la *duress of circumstances*⁹⁶ – contro terzi⁹⁷.

⁹³ Per l'analisi di queste tre nozioni, in merito alle quali ci si limiterà in questa sede a sommari cenni, si rinvia, sin d'ora, a S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, cit., 360 ss.; D. ORMEROD, *Smith&Hogan – Criminal Law. Cases and Materials*, 9^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, 386 ss.; M. ALLEN, *Textbook on Criminal Law*, 9^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, 170 ss.; P. MURPHY (ed.), *Blackstone's Criminal Practice*, cit., 47 ss.

⁹⁴ Sulla non invocabilità della *duress* da parte di chi si sia associato volontariamente all'organizzazione criminale, v., *ex plurimis*, la sentenza sul caso *R v Sharp*, [1987] 1 QB 853.

⁹⁵ Si fa l'esempio di chi commetta il reato di guida pericolosa per sottrarre il passeggero al pericolo di morte minacciategli da terzi.

⁹⁶ La similitudine tra *necessity* e *duress of circumstances* è testimoniata, peraltro, dalla sovrapposizione tra le due figure propugnata da diversi autori ed anche da alcuni precedenti giurisprudenziali.

SPAGNA

Sommario

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

- 1.1. L'assenza di fattispecie criminose concernenti l'ingresso o il soggiorno irregolare nel territorio dello Stato
- 1.2. L'illecito amministrativo di soggiorno irregolare
 - (a) *I soggetti*
 - (b) *Le condotte sanzionate*
 - (c) *Le sanzioni previste*
 - (d) *L'espulsione dello straniero come alternativa alla sanzione*
 - (e) *L'espulsione amministrativa nelle pronunce del Tribunale costituzionale*
 - (f) *L'interpretazione restrittiva del Tribunale supremo sull'espulsione amministrativa*
 - (g) *Il possibile contrasto con il diritto comunitario del carattere suppletivo dell'espulsione amministrativa*

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta reati

- 2.1. L'espulsione come sanzione sostitutiva nei confronti degli stranieri irregolari che commettano reati
 - (a) *Sull'applicazione apparentemente automatica dell'art. 89 del codice penale*
 - (b) *Le pronunce del Tribunale costituzionale sull'espulsione in esecuzione della condanna*
- 2.2. L'espulsione come provvedimento sostitutivo delle misure di sicurezza nei confronti degli stranieri irregolari che commettano reati

3. Altre possibili forme di incidenza della situazione di immigrazione irregolare sulla commissione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

- 3.1. Cenni sulle modalità di commisurazione della pena e sulla configurabilità di circostanze del reato connesse alla immigrazione irregolare
- 3.2. La situazione concreta dell'immigrato irregolare: la sua incidenza ai fini della configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità e della sua sottospecie consistente nel c.d. furto *famélico*

⁹⁷ Il *leading case* in materia, o, piuttosto, il primo caso «moderno» in cui la *necessity* è stata invocata con successo, è quello deciso con la sentenza *F. v West Berkshire Health Authority*, [1989] 2 All ER 545. Con essa, la *House of Lords* ha ritenuto legittima la sterilizzazione operata nei confronti di una paziente affetta da gravi turbe psichiche al fine di impedire che rimanesse incinta: all'uopo si è rilevato che una eventuale gravidanza avrebbe avuto effetti disastrosi sulla psiche della paziente.

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

1.1. L'assenza di fattispecie criminose concernenti l'ingresso o il soggiorno irregolare nel territorio dello Stato

Per diversi motivi, tra cui la sua posizione geografica, la Spagna si è trasformata da paese origine di emigrazione in paese di immigrazione, soprattutto a partire dagli anni novanta. A questa circostanza si è unito un incremento esponenziale dell'immigrazione clandestina⁹⁸. Tuttavia, il legislatore spagnolo, almeno sino ad oggi, non ha ritenuto opportuno prevedere alcuna fattispecie criminosa concernente l'ingresso o il soggiorno irregolare dell'immigrato nel territorio dello Stato⁹⁹. Solo due anni fa è stato modificato il codice penale per punire lo sfruttamento dell'immigrazione clandestina, nonché il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di lavoratori verso la Spagna o verso un altro paese dell'Unione europea¹⁰⁰, senza comunque sanzionare l'immigrato.

Per contrastare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, il legislatore spagnolo ha privilegiato la via delle sanzioni amministrative, disciplinate dalla legge *orgánica* n. 4/2000, dell'11 gennaio, sui diritti e sulle libertà degli stranieri in Spagna e sulla loro integrazione sociale¹⁰¹, e dalle sue successive modifi-

⁹⁸ Gli stranieri residenti legalmente in Spagna nel 1981 erano 198.042, mentre al 31 dicembre 2008 erano 4.473.499, di cui 2.132.447 cittadini comunitari e 2.341.052 cittadini extracomunitari. Il numero di stranieri presenti illegalmente sul territorio è stimato intorno a 500.000, ma potrebbe anche essere molto superiore. Fonte: Relazione sulla missione svolta in Spagna da una delegazione del Comitato parlamentare italiano di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione (26-27 febbraio 2009).

⁹⁹ Il Governo attuale ribadisce che per fare fronte all'immigrazione clandestina non sia sufficiente una politica repressiva e di controllo delle frontiere, ma sia necessario raggiungere accordi con i paesi di origine delle correnti migratorie, associati ad un'adeguata politica di gestione dei flussi legali.

¹⁰⁰ La legge *orgánica* n. 13/2007, del 19 novembre, per il perseguimento extraterritoriale del traffico illegale o dell'immigrazione clandestina di persone, reca modifiche alla legge *orgánica* n. 6/1985, del 1° luglio, sul potere giudiziario, ed al codice penale. Sul ruolo che ha il diritto penale spagnolo quale strumento della politica migratoria, si vedano M. Martínez Escamilla: *La inmigración como delito*, Atelier, Barcellona, 2007; J. M. Zugaldía Espinar (coord.): *El Derecho penal ante la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; M. Díaz y García Conlledo (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, o J. C. Hortal Ibarra: "A vueltas con el bien jurídico protegido en los mal llamados delitos contra los ciudadanos extranjeros", in S. Mir Puig (dir.): *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 463-504.

Il nuovo art. 318 *bis* del codice penale – che punisce con una pena detentiva da quattro ad otto anni coloro che, direttamente o indirettamente, promuovano, favoreggino o facilitino il traffico illegale o l'immigrazione clandestina – è stato all'origine di numerosi problemi interpretativi e la dottrina è divisa tra chi ritiene che questo reato sia volto a proteggere i diritti degli immigrati irregolari e chi opina che la sua finalità primordiale sia solo quella di prevenire e reprimere l'attraversamento illegale delle frontiere. In senso critico, E. Pomares Cintas: "Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina a España (art. 313.1 CP)", in *Revista General de Derecho penal*, n. 5, 2006; M. Martínez Escamilla: "¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 10-06 (2008), <http://criminet.ugr.es/recpc>; e J. Guardiola García: "La reforma de los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: ¿de la impunidad por falta de jurisdicción al exceso de atribución competencial?", in *Revista General de Derecho penal*, n. 9, 2008.

¹⁰¹ Il regolamento di esecuzione della legge è il regio decreto n. 2393/2004, del 30 dicembre, che ha abrogato il regio decreto n. 864/2001, del 20 luglio.

cazioni, avvenute attraverso la legge *orgánica* n. 8/2000, del 22 dicembre, la legge *orgánica* n. 11/2003, del 29 settembre, e la legge *orgánica* n. 14/2003, del 20 novembre. La legge è attualmente oggetto di proposte di riforma, volte, tra l'altro, a recepire talune direttive comunitarie (ad es., la direttiva sui rimpatri) e ad adeguare la normativa alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale in materia di titolarità dei diritti fondamentali da parte degli stranieri (che siano irregolari o meno)¹⁰².

1.2. L'illecito amministrativo di soggiorno irregolare

Prima che la legge *orgánica* n. 4/2000 fosse modificata, l'art. 49, lettera *d*), considerava una sanzione grave, punita con l'espulsione, "l'ingresso nel territorio spagnolo privo della documentazione o dei requisiti richiesti, attraverso luoghi che non siano i passaggi abilitati o in contravvenzione dei divieti di ingresso legalmente stabiliti". Con la riforma attuata dalla legge *orgánica* n. 8/2000 questa fattispecie è scomparsa, con il che, oggi, si sanziona – considerandolo un'infrazione grave – solo il soggiorno irregolare nel territorio per mancanza o per scadenza delle autorizzazioni o dei permessi di residenza regolare. L'ingresso illegale o il tentativo d'ingresso illegale è ormai una causa di *devolución* (art. 58, comma 2, lettera *b*), e comporta il divieto di ingresso nel territorio spagnolo per un termine massimo di tre anni (art. 58, comma 6).

La *devolución*¹⁰³ è una figura che si è voluto situare sotto un regime diverso rispetto a quello dell'espulsione (la quale si basa su un'infrazione amministrativa), probabilmente per rendere più immediata la risoluzione dei problemi che si pongano in frontiera. La *devolución* non è concepita, infatti, come una sanzione, ma come una misura di ristabilimento immediato dell'ordine giuridico perturbato, e questo a detrimento delle garanzie che si possono collegare ad una sanzione amministrativa¹⁰⁴.

(a) I soggetti

In virtù dell'art. 1, comma 1, della legge *orgánica* n. 4/2000, si ritiene straniero, agli effetti dell'applicazione della legge, colui che non abbia la cittadinanza spagnola. I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e coloro cui si applichi il regime comunitario sono soggetti alla legislazione

¹⁰² I principali obiettivi perseguiti sono: garantire il godimento dei diritti fondamentali per tutti i cittadini, disegnare un sistema di accesso progressivo ad altri diritti, adeguare il sistema di ingresso nel mercato del lavoro ed aumentare la capacità dello Stato nella lotta all'immigrazione clandestina. In questo senso, facendo leva sui margini lasciati dalla direttiva sui rimpatri, vengono ampliati i termini per l'identificazione degli stranieri (da 40 a 60 giorni), si disciplina il rimpatrio dei minori non accompagnati, si introduce la causa di espulsione consistente nella condanna dello straniero (pronunciata in Spagna o altrove) per un delitto punito in Spagna con almeno un anno di carcere, si elevano le pene per le infrazioni gravi e molto gravi.

¹⁰³ Il termine *devolución* viene impiegato dal legislatore spagnolo con un'accezione più ampia rispetto a quella del *respingimento* italiano. Si effettua una *devolución* quando lo straniero cerca di penetrare in Spagna eludendo i controlli di frontiera o quando si dà esecuzione immediata ad un'espulsione precedente cui lo straniero non ha ottemperato. In questi casi, per espellere lo straniero non è necessario emettere un provvedimento di espulsione. Inoltre, il termine *devolución* (nonché il verbo *devolver*) vengono impiegati per individuare alcuni casi in cui non è possibile procedere all'espulsione (qualora lo straniero abbia presentato istanza di asilo politico o nei casi di straniero in stato di gravidanza irregolarmente soggiornanti).

¹⁰⁴ In questo senso, E. Pomares Cintas: "Las incongruencias del Derecho penal...", cit., mentre altri autori ritengono che l'inesistenza dell'infrazione derivante dall'ingresso illegale è "un passo in avanti nel riconoscimento dell'immigrazione illegale come fenomeno che [...] coinvolge i diritti basilari dell'uomo" (F. J. De León Villalva: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 404).

dell'Unione europea, e la legge viene applicata solo negli aspetti che siano più favorevoli (art. 1, comma 2).

(b) Le condotte sanzionate

La legge *orgánica* n. 4/2000 ha configurato una serie di illeciti amministrativi, graduando la sanzione sulla base della loro gravità. Nel titolo terzo, rubricato “*De las infracciones en materia extranjería y su regimen sancionador*”, l'art. 51, comma 2, distingue tre tipologie di illeciti amministrativi: *lievi* (art. 52), *gravi* (art. 53) e *molto gravi* (art. 54).

Art. 52. Infrazioni lievi.

Sono infrazioni lievi:

(a) L'omissione o il ritardo nella comunicazione alle autorità spagnole dei cambiamenti di cittadinanza, di stato civile o di domicilio nonché di altre circostanze determinanti della situazione lavorativa che la normativa applicabile esiga.

(b) Il ritardo, fino a tre mesi, nella richiesta di rinnovo delle autorizzazioni una volta esse sono scadute.

(c) Il lavorare in Spagna senza aver richiesto l'autorizzazione amministrativa per lavorare per conto proprio quando si ha un'autorizzazione di residenza temporanea.

Art. 53. Infrazioni gravi.

Sono infrazioni gravi:

(a) Il trovarsi irregolarmente nel territorio spagnolo, per non avere ottenuto il rinnovo del permesso di soggiorno, per non avere l'autorizzazione di residenza o perché sia scaduta da più di tre mesi (sempre che l'interessato non abbia richiesto il rinnovo della stessa entro il termine stabilito in via regolamentare).

(b) Il lavorare in Spagna senza aver ottenuto l'autorizzazione di lavoro o l'autorizzazione amministrativa per lavorare, quando l'interessato non abbia un'autorizzazione di residenza valida.

(c) L'omettere dolosamente o incorrere in falsità grave nell'adempimento dell'obbligo di porre a conoscenza del Ministero degli interni i cambiamenti che riguardano la cittadinanza, lo stato civile o il domicilio.

(d) L'inottemperanza ad eventuali misure di pubblica sicurezza di presentazione periodica o di allontanamento dalle frontiere o dai nuclei di popolazione singolarmente determinati, conformemente a quanto stabilito nella presente legge.

(e) La commissione di una terza infrazione lieve, sempre che nell'anno precedente l'interessato sia stato sanzionato per due infrazioni lievi della stessa natura.

(f) Il coinvolgimento dello straniero in attività suscettibili di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico e ritenute gravi dalla legge *orgánica* n. 1/1992, del 21 febbraio, sulla protezione della sicurezza dei cittadini.

(g) Le uscite dal territorio spagnolo attraverso passaggi non abilitati, senza esibire la documentazione prevista o contravvenendo i divieti legalmente stabiliti.

(h) L'inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 4, comma 2.

Art. 54. Infrazioni molto gravi.

1. Sono infrazioni molto gravi:

(a) Il partecipare ad attività che compromettano la sicurezza dello Stato e le relazioni internazionali della Spagna, o l'essere coinvolto in attività contrarie all'ordine pubblico ritenute molto gravi

dalla legge *orgánica* n. 1/1992, del 21 febbraio, sulla protezione della sicurezza dei cittadini.

(b) L'indurre, il promuovere o il facilitare con fine di lucro, individualmente o partecipando ad organizzazioni criminali, l'immigrazione clandestina di persone in transito o con destinazione nel territorio spagnolo, o la loro permanenza, sempre che il fatto non costituisca reato.

(c) La realizzazione di condotte di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nei termini previsti dall'art. 23 della presente legge, sempre che il fatto non costituisca reato.

(d) L'assunzione di lavoratori stranieri senza la corrispondente autorizzazione di lavoro; si incorre in un'infrazione per ciascuno dei lavoratori stranieri impiegati.

(e) La commissione di una terza infrazione grave sempre che nell'anno precedente si sia stati sanzionati per due infrazioni gravi della stessa natura.

2. *Omissis*

(c) Le sanzioni previste

Le infrazioni gravi come il soggiorno irregolare sono punite con un'ammenda da 301 a 6000 euro, che si deve graduare in base a criteri di proporzionalità, valutando singolarmente il grado di colpevolezza, il danno prodotto o il rischio derivato dall'infrazione e la sua rilevanza, nonché la capacità economica del contravventore.

Art. 55. Sanzioni

1. Le infrazioni sancite negli articoli precedenti saranno sanzionate nei seguenti termini:

(a) Le infrazioni lievi con un'ammenda fino a 300 euro.

(b) Le infrazioni gravi con un'ammenda da 301 fino a 6.000 euro.

(c) Le infrazioni molto gravi con un'ammenda da 6.001 fino a 60.000 euro [*omissis*].

2. Spetterà al sottodelegato del Governo o al delegato del Governo nelle Comunità autonome uniprovinciali l'imposizione delle sanzioni per le infrazioni amministrative stabilite nella presente legge *orgánica*.

Nelle ipotesi di infrazione lieve di cui all'art. 52, lettera c), grave di cui all'art. 53, lettera b), quando si tratti di lavoratori per conto proprio, e molto grave di cui all'art. 54, comma 1, lettera d), il procedimento sanzionatorio avrà inizio con l'atto dell'ispettorato del lavoro e della sicurezza sociale [*omissis*].

3. Per graduare le sanzioni, l'organo competente si conformerà a criteri di proporzionalità, valutando il grado di colpevolezza e, se del caso, il danno prodotto o il rischio derivato dall'infrazione e la sua rilevanza.

4. Per determinare l'ammontare della sanzione si terrà conto specialmente della capacità economica del contravventore.

5. *Omissis*.

6. *Omissis*.

Art. 56. Prescrizione delle infrazioni e delle sanzioni.

1. Le infrazioni molto gravi si prescrivono dopo tre anni, le gravi dopo due anni e quelle lievi dopo sei mesi.

2. Le sanzioni imposte per infrazioni molto gravi si prescriveranno trascorsi cinque anni, per le infrazioni gravi dopo due anni e per le infrazioni lievi dopo un anno.

3. Se la sanzione imposta è l'espulsione del territorio nazionale, la prescrizione non inizia a decorrere fino a che non sia terminato il periodo di proibizione di ingresso fissato dalla risoluzione, che è al massimo di dieci anni.

(d) L'espulsione dello straniero come alternativa alla sanzione

In alternativa alla sanzione amministrativa può essere adottato, per le violazioni gravi e molto gravi, un provvedimento di espulsione.

Art. 57. Espulsione dal territorio.

1. Quando i contravventori siano stranieri e realizzino le condotte molto gravi di cui all'art. 53, lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* e *f)*, della presente legge *orgánica* si potrà applicare, invece della sanzione dell'ammenda, l'espulsione dal territorio spagnolo, previo il corrispondente provvedimento amministrativo.

2. Allo stesso modo, costituirà una causa di espulsione, previo avvio del corrispondente provvedimento, il fatto che lo straniero sia stato condannato, in Spagna o all'estero, per una condotta dolosa che costituisca nel nostro paese un reato sanzionato con pena privativa di libertà superiore ad un anno, a meno che i precedenti penali siano stati cancellati.

3. In nessun caso si potrà imporre congiuntamente le sanzioni dell'espulsione e dell'ammenda.

4. L'espulsione comporta, in ogni caso, la revoca di ogni titolo di soggiorno e di autorizzazione al lavoro, nonché l'immediata archiviazione di ogni procedimento in corso relativo alla richiesta di residenza o di lavoro in Spagna dello straniero espulso.

5. La sanzione di espulsione non potrà essere imposta, salvo che si tratti di un'infrazione di cui all'art. 54, comma 1, lettera *a)*, o che si commetta nuovamente entro il termine di un anno una infrazione della stessa natura sanzionabile con l'espulsione, agli stranieri che si trovano nei seguenti casi:

(a) I nati in Spagna che abbiano risieduto legalmente negli ultimi cinque anni.

(b) Coloro che hanno la residenza permanente.

(c) Coloro che sono stati originari spagnoli e poi hanno perso la cittadinanza spagnola.

(d) Chi beneficia di una prestazione per incapacità lavorativa permanente conseguente ad un incidente di lavoro o ad una malattia professionale avvenuta in Spagna, nonché coloro che percepiscono una prestazione contributiva per disoccupazione o che beneficiano di una prestazione economica assistenziale di natura pubblica destinata al loro inserimento o reinserimento sociale o lavorativo.

6. Non potranno essere espulsi i coniugi degli stranieri, ascendenti e figli minorenni o incapaci a carico dello straniero che si trova in una delle situazioni anteriormente descritte, i quali abbiano risieduto legalmente in Spagna durante più di due anni, né [potranno esserlo] le donne in stato di gravidanza quando la misura possa supporre un rischio per la gravidanza o per la salute della madre.

7. (a) Quando lo straniero sia stato processato o imputato in un procedimento giudiziale per reato o contravvenzione per cui la legge preveda una pena privativa di libertà inferiore a sei anni o una pena di diversa natura, e questo fatto sia provato nel provvedimento amministrativo di espulsione, l'autorità governativa sottoporrà al giudice la richiesta che, sentito il pubblico ministero, autorizzi, nel termine più breve possibile ed in ogni caso non superiore a tre giorni, la sua espulsione, a meno che, in modo motivato, apprezzi l'esistenza di circostanze eccezionali che giustifichino il rigo.

Nel caso in cui lo straniero si trovi soggetto a vari processi penali in diversi tribunali, e questi fatti siano stati provati nel provvedimento amministrativo di espulsione, l'autorità governativa solleciterà da tutti essi l'autorizzazione a cui si riferisce il paragrafo precedente.

(b) Fermo restando quanto disposto nel paragrafo precedente, il giudice potrà autorizzare, ad istanza dell'interessato e sentito il pubblico ministero, l'allontanamento dello straniero dal territorio spagnolo nella forma che determina la legge processuale penale.

(c) Non si applicheranno le previsioni contenute nei paragrafi precedenti quando si tratti dei reati di cui agli artt. 312, 318 *bis*, 515, comma 6, lettera *a)*, 517 e 518 del codice penale [delitti di traffico e sfruttamento illegale di manodopera, delitti contro i diritti di altri cittadini stranieri e, infine, delitti contro l'ordine costituzionale e l'esercizio di libertà fondamentali].

8. Quando gli stranieri, residenti o meno, siano stati condannati per condotte che configurano i

reati di cui agli artt. 312, 318 *bis*, 515.6, 517 e 518 del codice penale, l'espulsione sarà eseguita una volta compiuta la pena privativa di libertà.

9. Il decreto di espulsione dovrà essere notificato all'interessato, con indicazione dei ricorsi che possano interpersi contro lo stesso, l'organo dinanzi al quale devono essere presentati ed il termine per presentarli.

Il provvedimento di espulsione è accompagnato da un divieto temporaneo di (re)ingresso sul territorio spagnolo, da un minimo di tre anni ad un massimo di dieci (art. 58). Pendente il procedimento per l'espulsione, il giudice può altresì disporre l'invio del cittadino extracomunitario entrato illegalmente in un *Centro de Internamento de Extranjeros* (CIE), per un periodo di tempo non superiore a quaranta giorni (art. 60).

(e) L'espulsione amministrativa nelle pronunce del Tribunale costituzionale

Il Tribunale costituzionale si è pronunciato in diverse occasioni sulla legittimità della misura dell'espulsione di uno straniero irregolare.

Nella STC 94/1993, del 22 marzo, in cui si è giudicato sull'*amparo* contro l'espulsione di una cittadina straniera che aveva richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno, si è affermato che le libertà di circolazione e di residenza di cui all'art. 19 Cost. non si trovano tra i diritti imprescindibili che si devono garantire a tutti, in quanto garanzia della dignità umana. Per questo motivo, è lecito che le leggi ed i trattati modulino l'esercizio di questi diritti in funzione della nazionalità delle persone, introducendo trattamenti disuguali tra spagnoli e stranieri. In questo senso, la libertà del legislatore nel configurare i diritti dei cittadini dei diversi Stati, quanto all'ingresso ed alla permanenza in Spagna, è senza ombra di dubbio ampia, sebbene non assoluta.

Per poter adottare quella che il Tribunale ha definito una "grave misura", la decisione di espulsione deve essere fondata su alcune delle fattispecie previste dalla legge sulla condizione dello straniero, o da un altro testo di rango legislativo. Parimenti, affinché la misura dell'espulsione sia conforme alla legge, devono concorrere realmente i fatti determinanti l'espulsione, che devono essere provati nel provvedimento amministrativo o, in caso di ricorso giudiziario, dinanzi al tribunale che risolve la controversia. Inoltre, devono esistere ragioni che giustifichino che, invece di imporre l'ammenda (che, in via generale, prevedeva l'allora art. 27 della legge sulla condizione dello straniero), si propenda per la decisione di espulsione, indubbiamente più gravosa. Infine, devono essere rispettate le garanzie procedurali minime che enunciano l'art. 13 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e gli artt. 13, 19 e 24 della Costituzione.

Nello stesso senso il Tribunale costituzionale si è pronunciato, ad esempio, nella STC 116/1993, del 29 marzo, e nella STC 24/2000, del 31 gennaio.

Successivamente, e per quanto riguarda la normativa vigente, sono state presentate alcune questioni di legittimità costituzionale in via incidentale nei confronti dell'espulsione amministrativa dello straniero non residente legalmente in Spagna, prevista nell'art. 57, comma 1. Il Tribunale costituzionale le ha dichiarate infondate con AATC 409/2007, del 6 novembre, e 454/2007, del 12 dicembre.

Il dubbio dei giudici rimettenti riguardava la possibilità che l'espulsione fosse contraria al principio di legalità in materia sanzionatrice (art. 25, comma 1, Cost.), poiché la legge non ha determinato le regole o i criteri in base ai quali imporre la sanzione di ammenda o di espulsione. Tuttavia, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che l'art. 57, comma 1, non dà un'autorizzazione in bianco

all'amministrazione, perché i commi 5 e 6 dell'art. 57 delimitano negativamente l'ambito di applicazione della sanzione dell'espulsione; l'art. 55, comma 3, stabilisce criteri per l'applicazione di questa sanzione al regolare la graduazione delle sanzioni stabilite dalla legge; e l'art. 50 rinvia all'art. 131 della legge amministrativa n. 30/1992, del 26 novembre, che, in applicazione del principio di proporzionalità, determina i criteri di graduazione della sanzione che si devono seguire in ogni procedimento amministrativo.

Da ultimo, nella STC 236/2007, del 7 novembre, con cui il Tribunale costituzionale ha giudicato il ricorso di incostituzionalità del Parlamento della Navarra contro la modificazione della legge *orgánica* n. 4/2000 operata con la legge *orgánica* n. 8/2000, si è affrontata la questione dell'espulsione per commissione di reato doloso punito con pena privativa di libertà superiore ad un anno.

Il Parlamento autonomico aveva impugnato i commi 2 e 8 dell'art. 57 per violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto agli stessi fatti avrebbe corrisposto una sanzione amministrativa (l'espulsione) ed un'altra di carattere penale (la reclusione). Il Tribunale costituzionale ha disatteso la prospettazione, dichiarando che le due misure non rispondono allo stesso fondamento, poiché perseguono la protezione di beni giuridici differenti: la condanna penale rientra nell'ambito della politica criminale, mentre l'espulsione rientra nella politica sulla condizione dello straniero e sul controllo dei flussi migratori. La normativa impugnata, pertanto, non è stata dichiarata incostituzionale.

(f) L'interpretazione restrittiva del Tribunale supremo sull'espulsione amministrativa

È giurisprudenza consolidata del Tribunale supremo che la mera irregolarità del soggiorno di uno straniero non possa provocare la sua espulsione dal territorio nazionale, ciò che costringe i giudici ad applicare l'ammenda. In proposito, si riproducono alcuni paragrafi della sentenza (STS) della *sala* terza del 28 novembre 2008, che in un ricorso di cassazione contro una sentenza del Tribunale superiore di giustizia delle Isole Baleari che aveva dichiarato nulla la decisione dell'autorità amministrativa di espellere una straniera irregolare, conferma la precedente decisione giudiziaria.

“Nella legge *orgánica* n. 7/1985, del 1° luglio, l'espulsione dal territorio nazionale non era ritenuta una sanzione; così si deduce dall'interpretazione congiunta degli artt. 26 e 27, poiché stabilivano come sanzione per le infrazioni di quanto disposto dalla suddetta legge l'ammenda e prescrivevano che le infrazioni che davano luogo all'espulsione non potevano essere oggetto di sanzioni pecuniarie. Era, dunque, chiaro in quella normativa che i casi in cui si applicava l'ammenda non potevano essere puniti con l'espulsione. La legge *orgánica* n. 4/2000 [...] cambia quella concezione dell'espulsione, e prescrive che nel caso delle infrazioni gravi e molto gravi [...] «potrà applicarsi invece della sanzione dell'ammenda, l'espulsione dal territorio spagnolo», ed introduce alcune previsioni in virtù delle quali, «per graduare le sanzioni, l'organo competente si conformerà a criteri di proporzionalità, valutando il grado di colpevolezza e, se del caso, il danno prodotto o il rischio derivato dall'infrazione e la sua rilevanza».

Da questa disciplina si deduce:

1) Che il fatto di soggiornare illegalmente in Spagna (una volta trascorsi i novanta giorni previsti nell'art. 30, commi 1 e 2, della legge *orgánica* n. 4/2000, riformata dalla legge *orgánica* n. 8/2000, giacché durante i primi novanta giorni non si procede all'espulsione ma alla *devolución*), ripetiamo, questo trovarsi illegalmente in Spagna, secondo l'art. 53, lettera *a*), può essere sanzionato con un'ammenda o con l'espulsione [...].

Da parte sua, il regolamento n. 864/2001, del 20 luglio, parla esplicitamente di scelta tra ammenda ed espulsione, giacché prescrive nell'art. 115 che «potrà accordarsi l'espulsione dal territorio nazionale, salvo che l'organo competente determini la precedenza della sanzione di multa» (tralascia-

mo in questa sede il possibile eccesso del regolamento che, in questo articolo e contro quanto disposto dalla legge, sembra imporre come regola generale la espulsione e come eccezione l'ammenda). La cosa importante ora è ricordare che, nei casi di soggiorno illegale, l'amministrazione, a seconda dei casi, può imporre la sanzione dell'ammenda oppure la sanzione di espulsione.

2) Che, nel sistema legislativo, la sanzione principale è l'ammenda, poiché così si deduce dall'art. 55, comma 1, e dall'art. 57, comma 1, secondo cui, nei casi (tra gli altri) di soggiorno illegale, «si potrà applicare, invece della sanzione dell'ammenda, la espulsione dal territorio nazionale».

3) Che, in quanto sanzione più grave e secondaria, l'espulsione esige una motivazione specifica e diversa o complementare rispetto al mero soggiorno illegale, giacché esso è sanzionato semplicemente con una multa. Secondo quanto disposto dall'art. 55, comma 3 (che allude alla graduazione delle sanzioni, ma che dobbiamo ritenere applicabile anche per scegliere tra ammenda ed espulsione), l'amministrazione deve specificare, se impone la espulsione, quali sono le ragioni di proporzionalità, soggettive, di danno o rischio derivato dall'infrazione e, in generale (aggiungiamo noi) quali sono le circostanze giuridiche o di fatto che concorrono ai fini della espulsione e del divieto di ingresso, che è una sanzione più grave dell'ammenda.

4) Che, tuttavia, sarebbe un eccesso di formalismo ritenere che la decisione sia immotivata perché dalla pronuncia non risultino i suddetti fatti, a condizione che risultino nel provvedimento amministrativo.

In effetti:

A) Trattandosi di ipotesi in cui la causa di espulsione è, meramente e semplicemente, il soggiorno illegale, senza altri fatti negativi, è chiaro che l'amministrazione dovrà motivare esplicitamente l'irrogazione della sanzione dell'espulsione, giacché la permanenza illegale, in linea di principio, si sanziona con l'ammenda.

B) Ciò nonostante, nelle ipotesi in cui nel provvedimento amministrativo siano stati provati, oltre al soggiorno illegale, altri dati negativi sulla condotta dell'interessato o sulle sue circostanze, e tali dati siano di una tale entità che, uniti alla permanenza illegale, giustifichino l'espulsione, la decisione non sarà immotivata perché non si faccia riferimento ad essi nella pronuncia stessa" (Fondamento di diritto [d'ora in avanti FD], 5).

(g) Il possibile contrasto con il diritto comunitario del carattere suppletivo dell'espulsione amministrativa

In una diversa prospettiva, e prestando attenzione alle implicazioni rispetto al diritto comunitario che potrebbe avere il carattere suppletivo che ha l'espulsione amministrativa nel diritto spagnolo, meritano alcuni cenni le cause riunite C-261/08 e C-348/08 (*María Julia Zurita García* contro *Delegación del Gobierno en Murcia* e *Aurelio Choque Cabrera* contro *Delegación del Gobierno en Murcia*).

La fattispecie è, in estrema sintesi, la seguente: contro i decreti di espulsione del delegato del Governo della Comunità autonoma di Murcia nei confronti di due cittadini boliviani che soggiornavano irregolarmente sono stati proposti due ricorsi, respinti in primo grado; attualmente sono pendenti le impugnazioni dinanzi al Tribunale superiore di giustizia di Murcia; questo tribunale ha sollevato alla Corte di Giustizia della Comunità europea due questioni pregiudiziali, ritenendo che – ai sensi del diritto comunitario – i cittadini di paesi terzi che soggiornano nell'Unione europea senza soddisfare le condizioni richieste devono necessariamente (e non solo eventualmente) lasciare il territorio. Le domande rivolte alla Corte sono le seguenti: “Se le norme del Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare il suo art. 62, nn. 1 e 2, lett. a), nonché il regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 562, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), e segnatamente i suoi artt. 5, 11 e 13, debbano essere

interpretate nel senso che esse ostano ad una normativa, quale quella spagnola e la giurisprudenza che la interpreta, la quale ammette la possibilità di sostituire con l'irrogazione di un'ammenda l'espulsione di un «cittadino di un paese terzo» che si trattiene nel territorio dell'Unione europea sprovvisto di un titolo che autorizzi l'ingresso e/o il soggiorno”.

In attesa della decisione della Corte di Giustizia, disponiamo già delle conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 19 maggio 2009; in esse ci si esprime contro il presunto contrasto tra la normativa spagnola e il diritto comunitario.

37. L'art. 11 del codice frontiere presenta un nesso con il passaggio delle frontiere nella misura in cui esso fa riferimento al timbro d'ingresso. Ai sensi dell'art. 10, le guardie di frontiera appongono in linea di principio un timbro sui documenti di viaggio dei cittadini di paesi terzi al momento del passaggio di frontiera. Sulla scorta del timbro del documento di viaggio è possibile stabilire con certezza la data e il luogo del passaggio di frontiera. Dal timbro d'ingresso si evince dunque se cittadini di paesi terzi abbiano superato la durata di soggiorno consentita.

38. Su questa base l'art. 11, n. 1, del codice frontiere fonda la presunzione relativa in forza della quale i cittadini di paesi terzi non soddisfano, o non soddisfano più le condizioni relative alla durata del soggiorno se i loro documenti di viaggio non recano il timbro d'ingresso.

39. La disposizione di cui all'art. 11, n. 3, del codice frontiere, concernente l'espulsione, fa riferimento a tale presunzione. Tale espulsione è prevista quando non viene confutata la presunzione che il cittadino di un paese terzo ha superato la durata del soggiorno consentita. Non si può escludere che i casi di cui trattasi si fondino su tale presunzione.

40. Le versioni linguistiche dell'art. 11, n. 3, del codice frontiere tuttavia non coincidono. Secondo la versione spagnola, il cittadino di un paese terzo viene espulso. Ciò potrebbe essere inteso come un obbligo. Come espone la Commissione, le altre versioni linguistiche recitano invece che il cittadino di un paese terzo può essere espulso. Saremmo qui in presenza non di un obbligo bensì di una mera facoltà.

41. Le diverse versioni linguistiche di una disposizione comunitaria devono essere interpretate uniformemente. In caso di divergenza tra le versioni stesse, la disposizione dev'essere pertanto intesa, in linea di principio, in funzione dell'economia generale e delle finalità della normativa di cui essa fa parte. Nel caso presente non è tuttavia necessario procedere ad una verifica dettagliata. Una disposizione diversa nelle varie versioni linguistiche deve infatti essere interpretata anche basandosi sulla reale volontà del suo autore. Dalla genesi dell'art. 11, n. 3, del codice frontiere emerge che la versione spagnola non corrisponde alla reale volontà del legislatore, bensì si fonda su un errore di traduzione.

[*omissis*]

54. Tuttavia, contrariamente a quanto ritiene la Repubblica austriaca, dall'art. 23, n. 3, CAAS [Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen], non è possibile ricavare che gli Stati membri sono obbligati dal diritto comunitario a procedere all'allontanamento. Piuttosto, la Commissione sottolinea a ragione le restrizioni contenute nell'art. 23 CAAS.

55. In primo luogo, l'allontanamento non costituisce la regola, bensì un'eccezione. I nn. 1 e 2 partono infatti dal presupposto che il cittadino di un paese terzo lasci il paese volontariamente. Ciò rappresenta, rispetto all'allontanamento, la misura meno rigorosa e corrisponde inoltre, secondo l'argomento del Regno di Spagna, alla situazione giuridica nazionale.

56. Ma, soprattutto, l'art. 23, n. 3, non contiene alcun fondamento giuridico di un allontanamento, limitandosi invece a rinviare al diritto nazionale. Taluni requisiti relativi alla configurazione del diritto nazionale non sono evidenti. L'art. 23, n. 3, seconda frase, CAAS consente invece espressamente agli Stati membri di autorizzare il soggiorno del cittadino di un paese terzo qualora il diritto nazionale non consenta un allontanamento. Tale disposizione presuppone necessariamente la possibilità per gli Stati membri di prevedere eccezioni all'allontanamento, ma non contiene alcuna restrizione della libertà degli Stati membri nel definire siffatte eccezioni. Non può pertanto sussistere al-

cun obbligo di disporre l'allontanamento.

57. Inoltre, la limitata portata normativa dell'art. 23 CAAS depone contro una sua interpretazione quale disposizione imperativa concernente l'espulsione o l'allontanamento. Tale norma contiene solo principi fondamentali e standard minimi, i quali necessitano sostanzialmente della configurazione da parte del diritto nazionale.

58. Ciò viene illustrato in particolare da un raffronto fra l'art. 23 CAAS e la direttiva 2008/115, adottata nel frattempo. Essa contiene disposizioni estremamente dettagliate sui rapporti con i cittadini di paesi terzi che si trattengono nello spazio Schengen pur non soddisfacendo, o non soddisfacendo più le condizioni di soggiorno. L'art. 4 della direttiva lascia comunque espressamente agli Stati membri la libertà di applicare disposizioni ancora più favorevoli.

59. Alla mancanza di un obbligo di disporre l'allontanamento non può neanche essere obiettato l'interesse comune di tutti gli Stati Schengen alla cessazione del soggiorno illegale di cittadini di paesi terzi. Piuttosto, occorre partire dal presupposto che il rinvio dell'art. 23 CAAS al diritto nazionale si fonda sull'estrema fiducia e solidarietà fra gli Stati membri. Ciò giustifica anche in altri settori il riconoscimento reciproco di decisioni importanti, e depone contro la necessità di un obbligo di diritto comunitario di porre fine a soggiorni illegali. Occorre piuttosto partire dal presupposto che gli Stati membri adottano le misure a disposizione anche in assenza di un obbligo del genere.

60. Del resto non risulta che il Regno di Spagna non abbia meritato tale fiducia. Secondo le informazioni del governo spagnolo, all'ammenda non è infatti connessa la tolleranza del soggiorno illegale. Piuttosto, il cittadino di un paese terzo sarebbe obbligato per legge a lasciare il territorio entro 15 giorni. Qualora ciò non avvenga, verrebbe instaurato un nuovo procedimento sanzionatorio per prosecuzione del soggiorno in mancanza di soddisfacimento delle condizioni di soggiorno. Poiché sarebbe già stata inflitta un'ammenda, ciò innescherebbe il procedimento di allontanamento.

61. L'art. 23, n. 3, CAAS, non osta pertanto a disposizioni nazionali quali quelle in oggetto, le quali ammettono la possibilità di sostituire con l'irrogazione di un'ammenda l'espulsione di un cittadino di un paese terzo che si trattiene nel territorio dell'Unione europea sprovvisto di un titolo che autorizzi l'ingresso e/o il soggiorno.

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta reati

Il codice penale spagnolo in vigore, approvato con la legge *orgánica* n. 10/1995, del 23 novembre, prende in considerazione l'immigrato irregolare che delinque soltanto quando prevede che, in certi casi, si dovrà sostituire la pena e le misure di sicurezza che gli siano state imposte con l'espulsione dal territorio nazionale.

2.1. L'espulsione come sanzione sostitutiva nei confronti degli stranieri irregolari che commettano reati

L'atteggiamento dell'ordinamento spagnolo nei confronti dello straniero irregolare che delinque è cambiato radicalmente negli ultimi anni. La norma-chiave è costituita dall'art. 89 del codice penale, modificato per ben tre volte in un lasso di tempo di otto anni¹⁰⁵. La versione attuale è opera della legge

¹⁰⁵ La prima versione è stata in vigore dal 1995 fino al 22 gennaio 2001, la seconda versione (opera della già citata legge *orgánica* n. 8/2000) dal 23 gennaio 2001 al 30 settembre 2003, e la terza ed attuale versione dal 1° ottobre 2003.

orgánica n. 11/2003, del 29 settembre, sulle misure concrete in materia di sicurezza dei cittadini, violenza domestica ed integrazione sociale degli stranieri.

Art. 89.

1. Le pene privative della libertà personale inferiori a sei anni inflitte ad uno straniero non residente legalmente in Spagna saranno sostituite in sentenza dall'espulsione dal territorio nazionale, salvo che il giudice o il tribunale, previo parere del pubblico ministero, eccezionalmente e in forma motivata, valuti che la natura del delitto è tale da giustificare il compimento della condanna in un istituto penitenziario di Spagna.

Allo stesso modo, i giudici o i tribunali, a richiesta del pubblico ministero, devono disporre in sentenza l'espulsione dal territorio nazionale dello straniero non residente legalmente in Spagna condannato a pena detentiva uguale o superiore a sei anni, nel caso in cui si acceda alla semilibertà o una volta che si considerino scontati i tre quarti della condanna, salvo che, eccezionalmente e in forma motivata, si valuti che la natura del delitto è tale da giustificare il compimento della condanna in un istituto penitenziario in Spagna.

L'espulsione verrà effettuata senza che trovi applicazione il disposto degli artt. 80, 87 e 88 del codice penale [che dettano le regole generali in tema di sospensione dell'esecuzione e di sostituzione delle pene privative della libertà]¹⁰⁶.

L'espulsione così disposta comporta l'archiviazione di qualsiasi provvedimento amministrativo che abbia per oggetto la concessione di autorizzazioni a risiedere o a lavorare in Spagna.

Nell'ipotesi in cui, una volta disposta l'espulsione, questa non possa essere eseguita, si procederà al completamento dell'esecuzione della pena privativa di libertà originariamente imposta o del periodo di condanna ancora pendente.

2. Lo straniero non potrà rientrare in Spagna per un periodo di dieci anni, computato dal giorno della convalida della sua espulsione e, in ogni caso, nel periodo in cui la pena non sia prescritta.

3. Lo straniero che tenta di violare un provvedimento giudiziale di espulsione con divieto di reingresso di cui ai commi precedenti sarà riaccompagnato indietro dall'autorità governativa, e si comincerà a computare di nuovo e integralmente il termine di divieto di reingresso.

4. Quanto stabilito nella disposizione non si applica agli stranieri condannati per i delitti di cui agli artt. 312, 318 *bis*, 515.6, 517 e 518 del codice penale [delitti di traffico e sfruttamento illegale di manodopera, delitti contro i diritti di altri cittadini stranieri e, infine, delitti contro l'ordine costituzionale e l'esercizio di libertà fondamentali].

Quanto alla natura giuridica dell'espulsione di cui all'art. 89, la dottrina ritiene più semplice individuare cosa non è, piuttosto che darne una definizione in positivo¹⁰⁷. Allo stesso modo, il Tribunale costi-

Ogni versione ha offerto un irrigidimento nei confronti dei migranti illegali condannati per reati.

¹⁰⁶ L'art. 80 riguarda la sospensione dell'esecuzione delle pene privative di libertà, l'art. 87 la sospensione nelle ipotesi di tossicodipendenza e di alcolismo, e l'art. 88 la sostituzione delle pene privative di libertà. La sostituzione della pena per l'espulsione è incompatibile con le risoluzioni alle quali si riferiscono gli articoli menzionati. L'esclusione dell'applicazione degli artt. 80, 87 e 88 interessa solamente le ipotesi in cui l'espulsione si porta a termine con successo. In caso contrario, questi articoli recuperano la loro applicabilità, senza che pertanto possa giungersi alla conclusione che il compimento della pena privativa di libertà comporta inesorabilmente la detenzione. Questa interpretazione è stata confermata da un'ordinanza del Tribunale costituzionale: nell'ATC 132/2006, del 4 aprile, si è stabilito che "lo straniero la cui espulsione non abbia potuto realizzarsi entro il termine legale massimo stabilito può accedere, nella misura in cui possieda i requisiti legalmente richiesti negli artt. 80, 87 e 88 del codice penale, alla sospensione dell'esecuzione della pena privativa di libertà che gli sia stata imposta, o alla sua sostituzione con altre meno gravose, alle stesse condizioni dei condannati di cittadinanza spagnola e dei condannati stranieri con residenza legale in Spagna". Ciò nonostante, quando l'impossibilità di porre in essere l'espulsione sia dovuta alla volontà del condannato straniero che si concretizzi in atti deliberatamente ostruzionisti, tale circostanza dovrà essere ponderata nel momento di optare per la detenzione ovvero per la sospensione o la sostituzione della pena, onde evitare che tali comportamenti risultino "premiati".

¹⁰⁷ Si veda J. F. Merino Rodríguez: "Expulsiones de extranjeros relacionadas con el Derecho penal", in *Revista de Derecho de Extremadura*, n. 1, 2008, p. 81.

tuzionale sostiene, nell'ATC 106/1997, del 17 aprile, che, a stretto rigore, non si può affermare che sia una pena, in quanto non è menzionata nell'elenco stabilito dall'art. 33 del codice penale, né, dato il suo carattere puntuale o di esaurimento in un solo atto, può considerarsi adeguata al compimento delle finalità preventivo-speciali, che non sono in assoluto garantite dal semplice ritorno del condannato straniero nel suo paese. Respingono ugualmente la configurazione dell'espulsione come pena la STC 242/1994, del 20 luglio, e la STC 203/1997, del 25 novembre. D'altra parte, l'art. 96, comma 3, paragrafo quinto, del codice penale include l'espulsione dal territorio nazionale degli stranieri non residenti legalmente in Spagna nell'elenco delle misure di sicurezza non privative di libertà; la dottrina ha però evidenziato¹⁰⁸ che, se fosse stata una misura di sicurezza, sarebbe stata applicabile solo alle persone incorse in una causa di giustificazione, cosa che non ha senso perché, come si vedrà, l'art. 108 del codice penale parla dell'espulsione degli immigrati in generale come provvedimento sostitutivo delle misure di sicurezza loro applicabili. Si tratterebbe, dunque, di un errore di tecnica legislativa.

(a) Sull'applicazione apparentemente automatica dell'art. 89 del codice penale

Nella redazione originaria del codice penale del 1995, l'espulsione dello straniero irregolare era discrezionale. Il comma 1 dell'art. 89 stabiliva che le pene privative di libertà inferiori a sei anni inflitte ad uno straniero non residente legalmente in Spagna "potevano" essere sostituite con la sua espulsione dal territorio nazionale. Ma, successivamente, il legislatore spagnolo ha optato per una rinuncia all'esecuzione di queste condanne, adottando un meccanismo che non sembra più discrezionale bensì automatico.

La giurisprudenza del Tribunale supremo ha corretto, in sede interpretativa, questo apparente automatismo derivato dalla lettera dell'art. 89, comma 1.

“È evidente che la normativa in vigore deve essere interpretata, attualmente, alla luce di una lettura costituzionale, a causa delle ripercussioni che potrebbe avere per i diritti fondamentali della persona – immigrata o meno, illegale o meno – sanciti, non solo nel catalogo dei diritti fondamentali della Costituzione, bensì nei trattati internazionali sottoscritti dalla Spagna [...] Come già è stato detto, la filosofia della riforma dell'art. 89 del codice penale risponde meramente a criteri difensivi, utilitaristi e di politica criminale, molto attendibili ma a condizione che siano preceduti dall'indispensabile giudizio di ponderazione dei beni in conflitto, fatto che presuppone un'analisi individualizzata caso per caso e pertanto motivata. Al riguardo dobbiamo ricordare che il parere del Consiglio generale del potere giudiziario sull'allora disegno di legge *orgánica* evidenziava l'omissione che apprezzava nel testo – e così è rimasto attualmente – rispetto alle concrete circostanze personali del condannato per accordare o meno l'espulsione; argomentava il Consiglio, con ragione, che, quale argomento che giustificasse l'eccezione, oltre alla natura del reato, si sarebbe dovuto far riferimento ad un'altra serie di circostanze direttamente relazionate con la persona del condannato, avendo [il legislatore] «dimenticato, in primo luogo, le possibili ed importanti circostanze personali che potrebbero concorrere come elementi da tenere in considerazione per la decisione di espulsione, e [inoltre] che la Corte EDU ritiene che la circostanza dell'*arraigo* [radicamento nel territorio] è estensibile alla protezione della famiglia, o [infine] che la vita dello straniero possa essere in pericolo o oggetto di torture o di trattamenti degradanti contrari all'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani» [...].

Anche il nostro Tribunale Costituzionale si è pronunciato – SSTC 99/1985, 242/1994 e 203/1997 –, certo prima dell'attuale riforma, ma esigendo sempre il sentire [l'interessato] quale unico mezzo per poter effettuare un giudizio di proporzionalità e di ponderazione dei diritti che possono entrare in

¹⁰⁸ *Ibidem.*

conflitto in conseguenza dell'espulsione, con riflessi sulla libertà di residenza e di circolazione. Riteniamo che a maggior ragione si dovrà mantenere tale esigenza trattandosi del diritto alla famiglia, una delle cui manifestazioni [...] è la vita in comune che risulta completamente recisa con l'espulsione.

In conclusione, per raggiungere l'adeguata ponderazione e la salvaguardia dei diritti fondamentali, superiori, in linea di principio, all'ordine pubblico o ad una determinata politica criminale, sembra imprescindibile ampliare l'eccezione dell'espulsione, includendo uno studio delle concrete circostanze del condannato (*arraigo* e situazione familiare) per cui risultano imprescindibili il sentire il condannato e la motivazione della decisione" (STS, *sala penale*, dell'8 luglio, FD 2).

Dunque, non è possibile realizzare un'applicazione automatica dell'espulsione di cui all'art. 89, poiché tale automatismo sarebbe contrario ai principi costituzionali del rito accusatorio ed ai diritti alla giurisdizione ed alla difesa. La decisione giudiziaria che decreta la sostituzione della pena deve essere motivata e deve avvenire dopo un opportuno dibattito, che renda possibili le allegazioni della difesa ed una adeguazione alle circostanze concrete del caso (tra le altre, ATC 132/2006, del 4 aprile, STC 96/1995, del 19 giugno; SSTS, *sala seconda*, del 17 maggio 2005, 24 luglio 2006, 25 gennaio 2007, 8 aprile 2009).

In questo senso, ponderando necessità preventivo-generalì (come l'allarme sociale, intesa come l'effetto nocivo che, in relazione alla finalità di prevenzione generale inerente ad ogni pena, avrebbe il fatto della mancanza di reazione penale sufficiente di fronte alla commissione di un reato grave) e preventivo-speciali, i giudici hanno deciso la non sostituzione in fattispecie nelle quali si trattava di reati di traffico di droghe (STS, *sala seconda*, del 24 ottobre 2005), di aggressioni sessuali o quando l'individuo faceva parte di organizzazioni criminali. In altre occasioni, allo stesso esito si è giunti per motivi familiari, perché i condannati avevano figli piccoli (sentenza dell'Udienza provinciale di Álava, sezione sesta, del 20 luglio 2006), vivevano da molti anni in Spagna e fanno formato qui una famiglia (sentenza dell'Udienza provinciale di Barcellona, sezione quinta, del 2 maggio 2005), ecc.

(b) Le pronunce del Tribunale costituzionale sull'espulsione in esecuzione della condanna

Nella causa relativa alla STC 145/2006, dell'8 maggio, il Tribunale costituzionale doveva giudicare sull'espulsione di uno straniero dal territorio nazionale decretata in sostituzione di una pena privativa di libertà che egli stava finendo di scontare. A questa circostanza si univa il fatto che era entrato in vigore il nuovo art. 89 del codice penale.

Il ricorrente riteneva violato il diritto all'esecuzione delle sentenze nei termini dalle stesse stabiliti, diritto che forma parte di quello alla tutela giudiziaria. Condannato ad una pena di tre anni di carcere (da finire di scontare nel 2004) per un reato contro la salute pubblica, quando la condanna era in un'avanzata fase di esecuzione, era entrata in vigore la legge *orgánica* n. 11/2003 e, di conseguenza, la versione attuale dell'art. 89 del codice penale. Sulla base di questa disposizione, l'Udienza provinciale aveva accordato l'espulsione di questa persona, ritenendo che l'art. 89, pur essendo successivo ai fatti oggetto della causa, era applicabile visto che anche il vecchio precetto prevedeva, sebbene in modo facoltativo, quella sostituzione da parte del giudice. Di fronte ad una allegazione di questo tipo, al Tribunale costituzionale spettava un controllo limitato: verificare che le decisioni dell'Udienza provinciale fossero state prese con una coerenza ragionevole, valutando il contenuto della sentenza di condanna.

Il diritto alla tutela giudiziaria comporta che gli organi giudiziari siano vincolati da un criterio di coerenza nell'interpretazione delle sentenze e, secondo il Tribunale costituzionale, in questo caso non era

stato rispettato il criterio della ragionevolezza perché l'interpretazione operata dall'Udienza provinciale, permettendo di applicare in fase di esecuzione la nuova normativa, aveva alterato sostanzialmente i termini del dispositivo della sentenza di condanna.

In questo senso, il Tribunale ha dichiarato che:

1) il testo dell'art. 89, comma 1, del codice penale vigente al tempo in cui è stata disposta la condanna autorizzava l'organo giudiziario ad accordare la sostituzione della pena e nessuno l'aveva sollecitato, né l'organo giudiziario – pur potendo farlo – l'aveva stabilita;

2) la nuova redazione dell'art. 89, comma 1, del codice penale prevede una tale sostituzione nel caso la pena privativa di libertà sia inferiore a sei anni; unicamente se la pena è superiore a sei anni si può accordare l'espulsione dal territorio nazionale in fase di esecuzione della sentenza, circostanza che non ricorreva nel presente caso;

3) d'altra parte, eseguendo le ordinanze impugnate un anno prima della fine della pena detentiva, non si sarebbe trattato di una sostituzione, bensì di un cumulo della pena detentiva e della misura dell'espulsione, effetto non voluto dall'art. 89, comma 1, del codice penale. Le pronunce impugnate avevano, dunque, aggiunto una nuova conseguenza giuridica, che alterava in modo essenziale il contenuto della sentenza e la corrispondente esecuzione, violando il diritto alla tutela giudiziaria.

La *doctrine* enucleata in questa decisione può dirsi oggi consolidata, se è vero che è stata confermata dal Tribunale costituzionale nella soluzione di due casi molto simili, con la STC 72/2009, del 23 marzo, e con la STC 110/2009, dell'11 maggio.

2.2. L'espulsione come provvedimento sostitutivo delle misure di sicurezza nei confronti degli stranieri irregolari che commettano reati

L'art. 108, che – come l'art. 89 – è stato modificato dalla legge *orgánica* n. 11/2003, prevede che quando lo straniero irregolare deve sottoporsi ad una misura di sicurezza, essa può essere sostituita dall'espulsione dal territorio nazionale.

Art. 108.

1. Se il soggetto è uno straniero non legalmente residente in Spagna, il giudice o tribunale accorda nella sentenza, sentita l'accusa, l'espulsione dal territorio nazionale in sostituzione delle misure di sicurezza che gli siano applicabili, a meno che il giudice o tribunale, sentito il pubblico ministero, eccezionalmente e motivatamente, ritenga che la natura del reato giustifichi il compimento in Spagna.

L'espulsione così accordata comporta l'archiviazione di qualsiasi provvedimento amministrativo che abbia per oggetto l'autorizzazione per risiedere o lavorare in Spagna.

Nell'ipotesi che, accordata la sostituzione della misura di sicurezza per l'espulsione, questa non potesse essere portata a termine, si procederà all'esecuzione completa della misura di sicurezza originariamente imposta.

2. Lo straniero non potrà ritornare in Spagna per un periodo di 10 anni, computati dalla data della sua espulsione.

3. Lo straniero che cercasse di violare una decisione giudiziale di espulsione e di divieto di ingresso cui si riferiscono i commi precedenti sarà *devuelto* dall'autorità governativa, iniziandosi a computare di nuovo, integralmente, il termine di divieto di ingresso”.

L'art. 96, comma 1, del codice penale stabilisce che le misure di sicurezza possono essere privative e

non privative della libertà, ma l'art. 108, relativamente alla loro sostituzione con l'espulsione, non distingue (la redazione precedente dell'articolo parlava, invece, espressamente di misure di sicurezza privative di libertà). Peraltro, è da evidenziare che, optando per un'interpretazione conforme al principio di proporzionalità ed al disposto dall'art. 89 del codice penale, la *Fiscalía General del Estado* applica l'espulsione come sostituzione delle sole misure di sicurezza privative di libertà, incluse quelle imposte per la commissione dei reati degli artt. 312 e 318 *bis*¹⁰⁹, poiché – a differenza dell'art. 89, comma 4 – l'art. 108 non stabilisce alcuna esclusione.

3. Altre possibili forme di incidenza della situazione di immigrazione irregolare sulla commissione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

3.1. Cenni sulle modalità di commisurazione della pena e sulla configurabilità di circostanze del reato connesse alla immigrazione irregolare

Nel codice penale spagnolo non esiste una disposizione paragonabile all'art. 133 del codice penale italiano, che indichi al giudice i criteri di valutazione della gravità del reato, né esiste una disposizione che contenga criteri finalistici per la determinazione in concreto della pena. Inoltre, le circostanze del reato non hanno di norma l'effetto di portare la pena al di sopra o al di sotto dei limiti edittali. L'operazione della commisurazione della pena è condotta sulla base di un complicato sistema di regole positive che, basandosi sul *grado di esecuzione del reato*, su quello di *partecipazione* e sulle *circostanze*, vincolano strettamente l'arbitrio del giudice, conducendolo passo a passo fin quasi alla pena concreta.

L'art. 66 del codice penale guida il giudice nei suoi movimenti all'interno dei limiti fissati dalla fattispecie incriminatrice¹¹⁰. In questo senso, quando il fatto non sia accompagnato da alcuna circostanza, né aggravante né attenuante, il giudice può utilizzare l'intero spazio edittale e lo stesso vale qualora siano compresenti circostanze aggravanti ed attenuanti; in questi casi, dovrà rifarsi solo alla gravità del fatto ed alle circostanze personali del delinquente.

Se viene individuata una sola circostanza attenuante, il giudice dovrà mantenersi all'interno della metà inferiore della pena fissata dalla legge, ed allo stesso modo dovrà restare nell'ambito della metà superiore allorché sussistano una o più aggravanti.

Solo in presenza di due o più circostanze attenuanti o di una attenuante molto qualificata o di una cosiddetta esimente incompleta (cause di giustificazione e scusanti di cui non ricorrano tutti i requisiti), il giudice potrà, senza però essere obbligato a farlo, imporre una pena inferiore di uno o due gradi rispetto a quella ordinaria; tale riduzione è obbligatoria se l'autore non ha compiuto i diciotto anni al momento del fatto.

L'art. 70 definisce il criterio da utilizzare per determinare la pena inferiore di grado, il cui limite minimo sarà costituito dal minimo edittale diminuito della metà; se peraltro con tale operazione si dovesse

¹⁰⁹ V. J. F. Merino Rodríguez: "Expulsiones de extranjeros...", cit., p. 87.

¹¹⁰ Si veda G. Fornasari e A. Menghini: *Percorsi europei di diritto penale*, seconda ed., Cedam, Padova, 2008, pp. 164-166; e G. Fornasari: *Lineamenti del sistema sanzionatorio spagnolo*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5816.pdf>

scendere, in caso di reclusione, sotto i sei mesi, si applicherebbe il meccanismo di sostituzione delle pene detentive di cui all'art. 88.

Per quanto specificamente rileva in questa sede, giova sottolineare che, nell'ordinamento spagnolo, nessuna circostanza del reato¹¹¹ prende in considerazione il fatto che l'autore del reato sia un immigrato irregolare. Per converso, è un'aggravante il fatto che il reato venga commesso per motivi razziali, o per altro tipo di discriminazione riguardante, ad esempio, l'etnia, la razza o la nazionalità della vittima. Dunque, possiamo dire che il legislatore prende in considerazione la condizione di immigrato per rinforzare la protezione di una collettività che il legislatore ritiene meritevole di una speciale tutela in quanto composta di soggetti deboli, vittime come tali di determinati reati.

3.2. La situazione concreta dell'immigrato irregolare: la sua incidenza ai fini della configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità e della sua sottospecie consistente nel c.d. furto *famélico*

Analizzando la giurisprudenza delle udienze provinciali e del Tribunale supremo riguardanti i casi in cui gli immigranti clandestini sono gli autori di reati, emerge immediatamente la frequenza con cui viene invocata la causa di giustificazione dello stato di necessità per richiedere il proscioglimento dell'imputato.

Art. 20.

Sono esenti da responsabilità penale: [omissis]

5. Chi, in stato di necessità, per evitare un'offesa propria o altrui lede un bene giuridico di altri o viola un dovere, sempre che ricorrano i seguenti requisiti:

Primo. L'offesa provocata non deve essere maggiore di quella che si vuole evitare.

Secondo. La situazione necessitata non deve essere intenzionalmente provocata dal soggetto.

Terzo. Colui il quale si trova nello stato di necessità non ha, in ragione del suo ufficio o dei suoi

¹¹¹ Art. 21. Sono circostanze attenuanti: 1. Le cause previste nel capo precedente se non ricorrono tutti i requisiti necessari per escludere la responsabilità nelle rispettive ipotesi. 2. L'aver il colpevole agito a causa della sua grave dipendenza dalle sostanze indicate nel n. 2 dell'articolo precedente. 3. L'aver agito spinti da cause o stimoli così forti da produrre furore, offuscamento o un altro stato passionale di analoga entità. 4. L'aver il colpevole confessato la violazione alle autorità prima di aver notizia dell'apertura del procedimento giudiziale nei suoi confronti. 5. L'aver il colpevole provveduto a risarcire il danno cagionato alla vittima od a limitarne gli effetti, in qualunque momento del procedimento ma prima della celebrazione del giudizio orale. 6. Qualsiasi altra circostanza di significato analogo alle precedenti.

Art. 22. Sono circostanze aggravanti: 1. Commettere l'atto con perfidia. Si ha perfidia quando il colpevole commette un qualsiasi delitto contro la persona usando nell'esecuzione mezzi, modalità o forme direttamente o specialmente tese ad assicurarla, senza che la sua persona sia esposta al rischio che potrebbe derivare dalla difesa da parte della vittima. 2. Eseguire il fatto travestendosi, abusando della posizione di superiorità, approfittando delle circostanze di luogo e di tempo o dell'aiuto di altre persone che indeboliscono la difesa della vittima o facilitano l'impunità del colpevole. 3. Eseguire il fatto per denaro, ricompensa o per promessa. 4. Commettere il delitto per motivi razziali, antisemiti o per altro tipo di discriminazione afferente alla ideologia, religione o convinzioni della vittima, per l'etnia, la razza o la nazione, il suo sesso o le tendenze sessuali, l'infermità o la menomazione di cui soffre. 5. Aggravare deliberatamente e in modo disumano le sofferenze della vittima, provocandole patimenti non necessari per l'esecuzione del delitto. 6. Agire abusando del rapporto di fiducia. 7. Prevaricare la qualità pubblica rivestita dal colpevole. 8. Essere recidivo. Si ha recidiva quando, al momento in cui delinque, il colpevole è già stato condannato con sentenza irrevocabile per un delitto compreso nello stesso titolo di questo codice, sempre che sia della stessa natura. Agli effetti di questo numero non si tiene conto dei precedenti penali cancellati o che devono esserlo.

Art. 23. Sono una circostanza che può attenuare o aggravare la responsabilità, secondo la sua natura, i motivi e le conseguenze del delitto, essere l'offeso coniuge o persona che si trova stabilmente legata da un'analogha relazione affettiva, ascendente, discendente o figlio naturale o adottivo o affine entro lo stesso grado dell'offensore.

Il Tribunale supremo esclude l'applicazione dello stato di necessità quando si tratta di reati di traffico di droga¹¹², ma, indipendentemente dal tipo di reato commesso, è da osservare che, in primo luogo, i giudici respingono la sua applicazione quasi con la stessa frequenza con cui viene addotta in giudizio, riservandola a casi in cui si prova un'estrema situazione di disagio sociale.

Di seguito si riportano due esempi.

§ Nella sentenza del *Juzgado* penale n. 3 di Barcellona, del 6 marzo 2000, gli autori di un reato di usurpazione di immobile di cui all'art. 245, comma 2, del codice penale, erano due immigrati irregolari africani. Ad essi è stata riconosciuta la causa di giustificazione dello stato di necessità: "è stato provato che gli imputati, animati dalla necessità imperiosa di cercare un tetto sotto il quale mettersi a riparo, dato il deficiente sistema di accoglienza degli immigrati attualmente esistente nel nostro paese; non avevano mezzi economici per raggiungere tale obiettivo senza violare in modo lieve la proprietà privata altrui; e, infine, non erano obbligati a sacrificarsi per il loro incarico o per la loro professione, poiché non ne esercitano alcuna, essendo immigrati in situazione irregolare. Il dramma umano e sociale che evidenzia la precaria situazione personale degli imputati, deplorabilmente molto frequente nel nostro paese in questo inizio del XXI secolo, come conseguenza – fino ad oggi – della mancanza di una disciplina giuridica adeguata della permanenza stabile dei sempre più numerosi cittadini stranieri sprovvisti di documenti che – non lo dobbiamo dimenticare – abbandonano la loro terra spinti dalla miseria ed alla ricerca di un paese con migliori aspettative di qualità di vita, non ci permette di attribuire alla loro condotta l'ineludibile elemento soggettivo di colpevolezza che esige l'applicazione di qualunque norma penale" (FD 4).

§ Più recentemente, la sentenza dell'Udienza provinciale di Madrid (sezione sesta), del 21 febbraio 2008, ha confermato in appello il proscioglimento di un migrante irregolare africano presunto autore di un reato contro la proprietà intellettuale di cui all'art. 270 del codice penale (vendita illegale per strada di CD e DVD). La decisione si è fondata, tra gli altri motivi, sulla causa di giustificazione dello stato di necessità: egli, con moglie e con due figli rimasti nel loro paese di origine, era stato ospitato in un centro di accoglienza temporanea per il massimo del tempo permesso, poi aveva eseguito lavori sporadici nell'edilizia, fino a che non si era infortunato una gamba, ed era stato provato che si era rivolto ai servizi sociali del quartiere dove abitava e del comune per cercare lavoro, formazione, assistenza legale e lezioni di spagnolo, senza che avesse ricevuto alcun aiuto economico per coprire le sue necessità basilari.

Altro aspetto da rimarcare è che, molto spesso, la difesa dell'immigrato irregolare chiede al giudice di dichiararlo esente da responsabilità perché si potrebbe applicare una sottospecie dello stato di necessità chiamata furto *famélico*.

Con l'espressione "furto *famélico*, necessario o miserabile" viene definita la sottrazione di alimenti e di vestiti per ovviare alla fame ed evitare la nudità di coloro che si trovano in una situazione di miseria. È considerata una circostanza meritevole dell'esenzione o dell'attenuazione della responsabilità criminale e, benché il codice penale non preveda esplicitamente alcunché al riguardo¹¹³, è stata avvalorata da

¹¹² Su questo particolare, si veda M. G. Bermejo: "La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005)", in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI, 2005, pp. 939-965; e M. Martínez Escamilla: "Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo español", in *La respuesta del derecho penal...*, cit., pp. 229-264

¹¹³ Nell'art. 755 del codice penale del 1822 si prevedeva un'attenuazione della pena per "la necessità giustificata dal

una costante giurisprudenza del Tribunale supremo¹¹⁴, facendo leva sulla causa di giustificazione dello stato di necessità.

La nozione giurisprudenziale di furto *famélico* è piuttosto ampia; comprende la sottrazione dei beni altrui per attendere a necessità urgenti e vitali, come l'alimentazione, l'abbigliamento, l'abitazione e l'assistenza medico-farmaceutica, senza che sia stata escluso che l'impossessarsi di altri tipi di beni mobili possa avere copertura nell'ambito dell'esimente o dell'attenuante dello stato di necessità (STS, *sala* seconda, del 21 gennaio 1986)¹¹⁵.

Il furto *famélico* è allegato molto spesso per cercare di attenuare la responsabilità di chi si trova in una situazione di disagio sociale o dell'immigrato irregolare, sebbene sia importante sottolineare che la sola condizione di disoccupato, indigente o immigrato in situazione irregolare non giustifica di per sé il furto *famélico*. Per evitare abusi, la giurisprudenza della *sala* penale del Tribunale supremo esige l'adempimento di certi requisiti: a) la realtà, gravità e imminenza del male che si cerca di evitare; b) che il soggetto sia indotto dallo stato di precarietà, penuria o indigenza in cui si trova egli stesso o la sua famiglia; c) che non si tratti di una mera ristrettezza economica, più o meno angosciante; d) che si provi che l'individuo ha utilizzato ogni risorsa che, nella sfera personale, professionale e familiare, poteva utilizzare; e) che non ci sia altra soluzione che quella di porre in essere la condotta anti-giuridica; f) che le cose o i beni ottenuti siano stati utilizzati per la soddisfazione delle necessità primarie del reo o della sua famiglia, senza che sia stato sottratto più del necessario.

Alla luce delle sentenze del Tribunale supremo e delle udienze provinciali, si può cogliere che la casistica nell'interpretazione e nell'applicazione di tali requisiti è molto variegata, ma che, in generale, i giudici sono molto rigorosi nel verificare la sussistenza dei suddetti requisiti. Considerando che la penuria economica non è una situazione eccezionale, cercano di evitare una sorta di impunità di carattere permanente, incompatibile con la finalità preventiva che corrisponde al diritto penale come mezzo per dissuadere il consociato dalla realizzazione dei fatti che per la loro gravità il legislatore include tra quelli che devono essere sanzionati penalmente (STS, *sala* seconda, del 13 giugno 1991, FD 2). Per questi motivi, la mancanza di uno o di alcuni dei requisiti esclude l'applicazione dello stato di necessità (ciò che, alla prova dei fatti, accade molto spesso).

Per quanto riguarda la dimostrazione della sussistenza di questi estremi, qualunque mezzo di prova disciplinato dalla legge processuale penale è valido, ma, in generale, la mera dichiarazione dell'imputato non basta per giustificare la sua situazione; la si deve quindi suffragare attraverso altri mezzi di prova, come la testimonianza, soprattutto perché si danno ipotesi in cui è difficile produrre documenti che accreditano questi estremi (ad esempio, quando si tratta di stranieri senza documenti in situazione irregolare). Costituisce al riguardo un'eccezione la sentenza dell'Udienza provinciale di Madrid (sezione seconda) del 17 settembre 2004, dove si è applicata l'esimente dello stato di necessità alle due donne che avevano riconosciuto, senza che sussistessero altre prove a loro carico oltre alla confessione, il furto in un supermercato di 9 kg. di riso. Il tribunale ha ritenuto che la loro dichiarazione, "che è stata ritenuta credibile e sufficiente per fondare la loro condanna lo [era] anche per accreditare gli elementi richiesti per applicare l'esimente dello stato di necessità" (FJ 2), atteso che esse provenivano dall'Ecuador, dove il

reo di alimentarsi o vestirsi, o di alimentare o di vestire la sua famiglia in circostanze calamitose, nelle quali, attraverso un lavoro onesto, non avrebbe potuto acquistare il necessario". La conseguenza era una riduzione dalla terza parte alla metà della pena per il reato commesso per la prima volta.

¹¹⁴ Si vedano, tra le altre, le SSTs (*sala* seconda) del 18 febbraio 1972, 17 aprile 1972, 9 maggio 1972, 27 dicembre 1973, 9 dicembre 1985, 13 aprile 1987 e 4 luglio 2002.

¹¹⁵ L'elenco di necessità perentorie enunciato è puramente indicativo, ben potendo darsi fattispecie ulteriori.

riso è un alimento di prima necessità, che si trovavano in situazione di illegalità in Spagna, senza lavoro, senza i coniugi e con quattro bambini da alimentare.

Altri casi possono essere menzionati per illustrare la prassi giurisprudenziale.

§ Sentenza dell'Udienza provinciale di Álava (sezione prima) del 13 maggio 2002. Di fronte all'impossibilità di accreditare lo stato di necessità dell'autore di una contravvenzione di furto, trattandosi di una persona straniera e senza documenti, rispetto al quale non si potevano chiedere documenti alle istituzioni pubbliche (dichiarazione dei redditi, contratto di lavoro, ecc.), il tribunale sostiene che non esiste alcuna prova dello stato di necessità; si rileva che, se l'imputato si trovava in situazione di penuria economica, doveva produrre qualche prova, per esempio testimoniale, avvertendo inoltre che, anche se non disponeva di risorse economiche, egli poteva rivolgersi comunque a diversi luoghi pubblici e privati in città per soddisfare le sue necessità basilari.

§ Sentenza dell'Udienza provinciale di Barcellona (sezione decima) del 10 dicembre 2003. In un caso di appello nei confronti di una sentenza di condanna per il furto di una tuta in un supermercato, l'imputato si è difeso affermando che non aveva lavoro né soldi per poter vivere e vestirsi in Spagna. A ciò si risponde che "il tribunale è consapevole che, trattandosi di un cittadino di nazionalità straniera (rumena) senza documenti, in situazione irregolare in Spagna, molto probabilmente la sua situazione personale, familiare ed economica deve essere precaria. Nessuno emigra dal suo paese di origine senza necessità. Tuttavia, ciò non può essere in alcun modo una giustificazione per delinquere impunemente nel paese di residenza, dato che molti altri cittadini nella sua stessa situazione marginale fanno enormi e lodevoli sforzi per superare tale precarietà in modo onesto, senza ledere i diritti altrui, tra gli altri quello di proprietà" (FJ 4)¹¹⁶.

§ Sentenza dell'Udienza provinciale di Alicante (sezione seconda) del 15 febbraio 2008. Nel ricorso in appello contro la condanna per un reato contro la proprietà intellettuale (vendita non autorizzata per strada di DVD e CD), il tribunale afferma: "si allega la difficile situazione dell'accusato, immigrato senza documenti in Spagna, motivo per cui la sua incorporazione nel mercato di lavoro risulta impossibile, non avendo altri strumenti per sussistere che la realizzazione di attività come quella che si giudica. [...] Se l'accusato non aveva mezzi di sussistenza, poteva rivolgersi ai centri pubblici o alle diverse organizzazioni private che soccorrono le persone in queste situazioni¹¹⁷. Ma non può accettarsi che la sua impossibilità di accedere al mercato del lavoro legale possa giustificare il reato come forma di sussistenza in Spagna dello straniero non regolarizzato" (FD 4).

Per concludere, deve rilevarsi che, anche se di solito il furto *famélico* si deduce in processi di natura penale, qualche volta è stato dedotto in altri di natura amministrativa, nei confronti di una decisione di espulsione dal territorio nazionale. Così, con la sentenza del Tribunale superiore di giustizia di Castilla y León (*sala* amministrativa, sezione terza), del 10 ottobre 2008, per decidere un ricorso in appello contro l'espulsione del territorio nazionale di un immigrato irregolare, si dichiara che: "non si potrà mai ammettere che situazioni di povertà o di difficoltà lavorative, perfino estreme – perché al di là del fatto che in una certa misura si debba presupporre che ogni persona che abbandona il suo paese di residenza

¹¹⁶ La pena per il furto era stata sanzionata con una multa, che il reo evidentemente non poteva soddisfare, motivo per cui il tribunale raccomanda al giudice *a quo* di sostituire la pena pecuniaria con lavori a beneficio della comunità, conformemente all'art. 88 del codice penale.

¹¹⁷ Nello stesso senso, possono citarsi la sentenza dell'Udienza provinciale di Álava (sezione prima) del 13 maggio 2002, quella dell'Udienza provinciale di Alicante (sezione seconda) del 6 giugno 2007 o quella dell'Udienza provinciale di Girona (sezione quarta) dell'11 luglio 2007.

per spostarsi in un altro a centinaia di chilometri senza che là abbia assicurati mezzi di sussistenza, lo fa in via di principio per ragioni evidenti –, permettano senz'altro di cogliere uno stato di necessità che impedisca di applicare una sanzione di espulsione. Così facendo, la politica dello Stato in materia di immigrazione non potrebbe essere efficace né tanto meno attuabile” (FD 3).

STATI UNITI

Sommario

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

1.1. Ingresso illegale e reati simili (*Immigration and Nationality Act, section 275*)

(a) *I soggetti*

(b) *Le condotte sanzionate e le pene previste*

(c) *L'allontanamento dello straniero come alternativa alla irrogazione della pena ovvero come misura successiva all'esecuzione della pena*

1.2. Rientro dello straniero espulso (*Immigration and Nationality Act, section 276*)

(a) *I soggetti*

(b) *Le condotte sanzionate e le pene previste*

(c) *L'allontanamento dello straniero come misura successiva all'esecuzione della pena*

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta (altri) reati

2.1. Cenni sul concorso materiale di reati

2.2. L'espulsione come sanzione nei confronti degli stranieri che commettano reati

3. Altre possibili forme di incidenza della situazione di immigrazione irregolare sulla commissione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

3.1. Il reato di immigrazione irregolare nella vita anteatta: la sua incidenza sulla determinazione della pena per altro reato

3.2. La situazione concreta dell'immigrato irregolare: la (mancata) incidenza di essa ai fini della configurabilità di cause di giustificazione o di attenuanti

1. La reazione dell'ordinamento nei confronti dello straniero immigrato o soggiornante irregolarmente

Dal 1875, la legislazione statunitense ha cercato di limitare l'afflusso degli immigranti. Nel 1952 è entrata in vigore la più organica legislazione in materia di immigrazione: l'*Immigration and Nationality Act* del 1952 (INA), con i successivi emendamenti del 1965, resta la normativa centrale in tema di immigrazione negli Stati Uniti.

In generale, a partire dagli anni ottanta, il Congresso ha esteso l'ambito delle leggi che prendono in considerazione il tema dell'immigrazione, trasformando in reati le violazioni di tali leggi ed incrementando le pene per reati già esistenti. Di conseguenza, il governo federale può procedere alla detenzione come pena e, successivamente, ordinare l'espulsione dello straniero dagli Stati Uniti. Questo modo di combattere l'immigrazione ed il soggiorno irregolare è stato ulteriormente potenziato dopo l'11 settembre 2001¹¹⁸.

Nel 1986, il Congresso ha approvato l'*Immigration Reform and Control Act* (IRCA), il quale ha cercato di risolvere alcuni problemi emersi con riguardo all'immigrazione irregolare; nel 1990, si sono avute riforme più radicali della legge del 1952, tra l'altro con l'inasprimento delle sanzioni per l'immigrazione irregolare. Nel 1996, l'*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* ha inasprito ulteriormente le sanzioni per reati in tema d'immigrazione, ha previsto una intensificazione dei controlli alle frontiere, ha riorganizzato il processo di espulsione e di non ammissione, anche attraverso la previsione di un numero maggiore di condizioni necessarie per entrare legalmente nel territorio statunitense. L'importanza di questo *Act* deriva anche dal fatto che esso ha inciso sulle conseguenze per l'immigrato (regolare ed irregolare) nei casi di commissione di reato, facilitando la possibilità di cambiamento dello *status* dell'immigrato e, per ciò stesso, elevando il rischio di espulsione.

La disciplina delle fattispecie criminose è contenuta nell'*Immigration and Nationality Act*, in particolare nella *section 275*, "*Entry of Alien at Improper Time or Place; Misrepresentation and Concealment of Facts*", citato anche come 8 U.S.C. §1325, "*Improper Entry by Alien*", e nella *section 276*, "*Reentry of Removed Alien*", citato anche come 8 U.S.C. §1326. A questa disciplina si aggiungono le linee guida sulla commisurazione della pena contenute nel *Guidelines Manual* della *United States Sentencing Commission*, che determinano con precisione la sanzione da irrogare per qualunque reato federale, ivi incluse, ovviamente, le sanzioni contemplate nella *section 275* e nella *section 276* del'INA. Le regole che disciplinano il livello base della pena sono, contenute nel *Chapter 2, Part L*, delle linee guida ((USSG) §2L1.2)¹¹⁹.

Il quadro delle previsioni inerenti all'immigrazione irregolare si articola nella definizione di alcune fattispecie criminose, le quali possono essere classificate anche in relazione al soggetto agente: a fianco delle disposizioni che riguardano lo straniero irregolare si pone, infatti, una complessa disciplina attraverso cui si sanzionano le condotte di coloro che rendono possibile ovvero favoriscono l'immigrazione irregolare dello straniero¹²⁰.

¹¹⁸ Apollonio, D., Lochner, T., Heddens, M., *An Analysis of Federal Immigration Prosecutions*, Paper prepared for presentation at the Midwest Political Science Association annual meeting, April 2009 (Chicago, IL).

¹¹⁹ Sulle linee guida, v. *infra* par. 3.

¹²⁰ Il sistema delle disposizioni penali concernenti il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare consta di una

In questa sede, ci si concentrerà su un pur sintetico esame delle fattispecie che ai presenti fini appaiono più direttamente rilevanti.

1.1. Ingresso illegale e reati simili (*Immigration and Nationality Act, section 275*)

Secondo la *section 275* dell'INA (corrispondente all'8 U.S.C. §1325), qualsiasi cittadino di un paese diverso dagli Stati Uniti (a) che entra, o tenta di entrare, negli Stati Uniti in qualsiasi momento o luogo diversi da quelli individuati da un ufficiale dell'immigrazione, o (b) che si sottrae all'esame o all'ispezione di un ufficiale dell'immigrazione, o (c) che tenta di entrare, o entra, negli Stati Uniti utilizzando una falsa identità o omettendo fatti rilevanti, commette un reato federale.

Immigration and Nationality Act, section 275 (8 U.S.C. §1325, "Improper Entry by Alien").
Ingresso di uno straniero in un momento o da un luogo irregolare; falsa rappresentazione e occultamento dei fatti.

(a) Momento o luogo irregolare; elusione di esame o ispezione; falsa rappresentazione e occultamento di fatti

Lo straniero che (1) entra o tenta di entrare negli Stati Uniti in un momento o da un luogo diversi da quelli designati dagli ufficiali dell'immigrazione, o che (2) elude l'esame o l'ispezione degli ufficiali dell'immigrazione, o che (3) tenta di entrare od entra negli Stati Uniti attraverso una rappresentazione volutamente falsa o ingannevole di un fatto materiale o attraverso l'occultamento di esso sarà punito, nel caso di prima commissione di una delle citate infrazioni, secondo quanto disposto dal titolo 18 o recluso per non più di 6 mesi, o assoggettato ad entrambe le sanzioni; nel caso di recidiva, sarà punito secondo quanto previsto dal titolo 18 o recluso per non più di 2 anni, o assoggettato ad entrambe le sanzioni.

(b) Momento o luogo irregolare; sanzioni pecuniarie civili

Lo straniero che viene fermato mentre entra (o tenta di entrare) negli Stati Uniti in un momento o da luogo diversi da quelli designati dagli ufficiali dell'immigrazione sarà soggetto ad una sanzione pecuniaria (civile) di:

(1) almeno \$50 e non più di \$250 per ogni ingresso (o tentativo di ingresso); o

(2) due volte la somma specificata nel paragrafo (1) nel caso di uno straniero che, in precedenza, sia stato soggetto ad una sanzione penale civile di cui alla presente sottosezione (*subsection*).

molteplicità di disposizioni; le previsioni fondamentali, in proposito, si rinvencono nell'*Immigration and Nationality Act*, e segnatamente nella *section 271*, "*Prevention of unauthorized landing of aliens*", nella *section 272*, "*Bringing in aliens subject to exclusion on a health-related ground*", nella *section 273*, "*Unlawful bringing of aliens into United States*", nella *section 274*, "*Bringing in and harboring certain aliens*", nella *section 274A*, "*Unlawful Employment of Aliens*", nella *section 274B*, "*Unfair Immigration-related employment practices*", *section 274C*, "*Penalties for Document Fraud*", nella *section 275*, "*Entry of Alien at improper time or place; misrepresentation and concealment of facts*", e, infine, nella *section 277*, "*Aiding or Assisting certain aliens to enter the United States*". Inoltre, le linee guida, nella parte riguardante la disciplina delle *sections 212, 275 e 277* dell'INA, prevedono anche circostanze aggravanti per chi favorisce l'immigrazione irregolare, dipendenti dal numero di stranieri che vengono coinvolti (*Chapter 2, Part L*, delle linee guida (USSG §2L).

Alcune novelle dell'INA hanno anche introdotto fattispecie di reato specifiche relative al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare al fine di sfruttamento del lavoro (si veda, ad es., la *section 274A*). In particolare, uno degli scopi principali del sopra ricordato IRCA del 1986 era quello di eliminare il mercato del lavoro illegale, prevedendo sanzioni o pene per coloro che impiegavano l'immigrante irregolare, e per colui che entrava nel territorio senza permesso di lavoro.

Le sanzioni pecuniarie (civili) previste in questa *subsection* si aggiungono, e non si sostituiscono, alle sanzioni penali o alle altre sanzioni civili che possono essere imposte.

(c) Matrimonio fraudolento

Colui che consapevolmente contrae matrimonio allo scopo di eludere le previsioni contenute nelle leggi sull'immigrazione sarà recluso per non più di 5 anni, o multato per non più di \$250.000, o sottoposto ad entrambe le sanzioni.

(d) Imprenditoria fraudolenta

Colui che consapevolmente stabilisce un'impresa commerciale allo scopo di eludere le previsioni contenute nelle leggi sull'immigrazione sarà recluso per non più di 5 anni, multato conformemente al titolo 18, o sottoposto ad entrambe le sanzioni.

(a) I soggetti

Il termine “*alien*”, utilizzato nella legge, si riferisce – secondo la *section* 101(a)(3) dell’*INA* (8 U.S.C. §1325), “*Definitions*” – a qualsiasi persona che non sia un cittadino degli Stati Uniti. Pertanto, la legge si applica integralmente a tutti coloro che non siano cittadini, ivi compresi, evidentemente, anche i residenti stranieri, i quali risiedono negli Stati Uniti con lo *status* di “*lawful permanent residents*” (residenti legalmente a titolo permanente).

Dalle previsioni della *section* 275(c) e (d) non sono esclusi, in linea di principio, coloro che aiutino lo straniero; quindi, questa *section* riguarda non solo lo straniero, ma anche il comportamento di colui che intenda eludere le leggi sull'immigrazione. In particolare, in questa *section*, si prevedono le frodi connesse a matrimoni ed all'inizio di attività imprenditoriali.

(b) Le condotte sanzionate e le pene previste

La *section* 275 prevede una pena consistente sia in sanzioni pecuniarie, civili e penali, sia nella reclusione, con la possibilità di cumulare i due tipi di pena.

La *subsection* (a) consente di irrogare, nel caso in cui la violazione sia commessa per la prima volta, una multa (sanzione penale, secondo il titolo 18 dell’U.S.C.) o la reclusione fino al limite massimo di 6 mesi, o entrambe le sanzioni. Nel caso di recidiva, si può infliggere una multa o la reclusione per un massimo di due anni, o entrambe le sanzioni. La condanna del non cittadino può includere anche una sanzione pecuniaria civile, fermo restando che la sanzione pecuniaria civile si aggiungerà alla sanzione penale, e non si sostituirà ad essa.

La *subsection* (b) prevede sanzioni pecuniarie (civili) da \$50 a \$250 per ogni ingresso, o tentativo di ingresso, irregolare, o il doppio se lo straniero è stato già soggetto, a questa stessa *subsection*.

Per quanto riguarda, invece, il matrimonio contratto in frode, la *subsection* (c) stabilisce una sanzione molto più grave: la reclusione fino a 5 anni, la multa fino a \$250.000, o entrambe le sanzioni.

Infine, la creazione di un'impresa con lo scopo di eludere le leggi sull'immigrazione è sanzionata, analogamente alla precedente *subsection*, con la reclusione per un massimo di 5 anni, o la sanzione di cui al titolo 18, o entrambe le sanzioni.

Con riguardo alla prima *subsection*, è da distinguere, sulla scorta di quanto affermato dalla *Supreme*

Court of the United States, tra l'arrivo – cioè, il materiale raggiungimento della frontiera – e l'ingresso, nel senso che, secondo l'INA, l'"entry" (ovvero, l'ingresso) è definito come "qualsiasi raggiungimento nel territorio degli Stati Uniti da parte di uno straniero, dall'estero o da un possedimento extraterritoriale, sia esso volontario o meno ..."121. Uno straniero che è legalmente entrato nel territorio degli Stati Uniti ricade nella giurisdizione degli Stati Uniti, ed è quindi tutelato dalla costituzione federale122; gode pertanto delle garanzie relative ai vari processi in materia di immigrazione, ad esempio l'udienza d'espulsione, ecc. Al contrario, se uno straniero non ottiene l'ingresso, viene sottoposto a restrizioni nella sua libertà di circolazione, ed è soggetto al controllo finalizzato alla verifica delle condizioni che consentono l'ingresso a titolo provvisorio123.

La distinzione tra ingresso regolare ed irregolare è particolarmente importante per coloro che risiedono legalmente a titolo permanente ("*lawful permanent residents*"), perché fa sì che tali residenti non debbano essere soggetti al controllo approfondito sui propri titoli di soggiorno ogni qual volta (ri)entrino negli Usa dopo (brevi) soggiorni all'estero.

In generale, quindi, uno straniero avente lo *status* di residente legalmente permanente negli Stati Uniti non sarà considerato, alla frontiera, come in attesa di "ingresso" ai fini delle leggi sull'immigrazione124, a meno che: a) abbia abbandonato o perso tale *status*; b) si sia assentato dal Paese per un periodo continuato superiore a 180 giorni; c) si sia dedicato ad attività illegali dopo la partenza dagli Stati Uniti; d) sia partito dal Paese mentre era in corso un procedimento giudiziale o amministrativo destinato al suo allontanamento dagli Stati Uniti, ivi incluse le procedure di estradizione; e) abbia commesso un reato fra quelli previsti dal codice penale (*section 212* dell'INA, 8 U.S.C. §1182(a)), a meno che si tratti di uno di quei reati per i quali sia prevista l'immunità (*granted relief*: 8 U.S.C. §1182(h) o §1229(b)); f) cerchi di entrare in un momento o luogo diversi da quelli stabiliti dall'ufficio immigrazione o non sia stato ammesso nel Paese dopo il controllo e l'autorizzazione125.

Le sanzioni penali per i reati contemplati dalla *section 275(a)* sono delineate anche sulla base delle sopra ricordate linee guida sulla commisurazione della pena (USSG), ed in particolare del §2L1.2, "*Unlawfully entering or Remaining in the United States*" (Ingresso o soggiorno illegali negli Stati Uniti). Peraltro, nelle medesime linee guida si specifica che la loro applicazione, ai fini qui in discorso, è limitata ai casi di recidiva.

Secondo il §2L1.2(a) USSG, il livello base del reato è identificato con il n. 8 della scala *standard*126, ciò che comporta, come pena base, una reclusione per un periodo non superiore a sei mesi.

Ai termini del §2L1.2(b) USSG, la reclusione può aumentare in base alle caratteristiche specifiche

¹²¹ Jasper, M., *The Law of Immigration*, Oxford University Press, 3rd Ed., 2008, pag. 30.

¹²² Jasper, M., *The Law of Immigration*, cit., pag. 30.

¹²³ Lo *status* di questo straniero è definito attraverso l'istituto della "*parole*": l'ingresso è in teoria inammissibile, ma viene consentito per ragioni umanitarie urgenti ovvero per un significativo beneficio arrecato alla collettività. Questo permesso, comunque, è temporaneo e prevede l'allontanamento dello straniero quando la condizione che lo ha reso possibile viene meno.

¹²⁴ Infatti, la *Supreme Court of the United States* ha dichiarato che non si parla di "*entry*" in caso di ritorno di un residente legale permanente da un viaggio "innocente, casuale e breve", fuori dagli Stati Uniti, il quale non interrompe significativamente la residenza dello straniero; quindi, lo stesso residente non è soggetto alla valutazione delle circostanze che giustificano l'esclusione a seguito di ogni viaggio. Cfr. Jasper, M., *The Law of Immigration*, Oxford University Press, 3rd Ed., 2008, pag. 31.

¹²⁵ Balbo, P., *Extracomunitari. Profili penali e giurisprudenza interna ed internazionale*, Giappichelli, 2004.

¹²⁶ La tabella nella quale sono indicati i vari livelli è contenuta nel §5 USSG. www.ussc.gov/2008guid/CHAP5.htm.

del reato; la multa non può comunque eccedere un aumento di 16 livelli della scala *standard*. Stando ai dati riportati in una relazione del 2006 della *United States Sentencing Commission*, le condanne per un reato contemplato dal §2L1.2 USSG sono in media di 27 mesi (non mancano, tuttavia, condanne assai più lievi, se è vero che il valore mediano tra il massimo ed il minimo è stato individuato in 24 mesi).

La commisurazione della pena è fortemente influenzata dalla eventuale dichiarazione di “*aggravated felony*” discendente da un altro reato, poiché essa comporta, ai sensi del §2L1.2(b)(1)(C) USSG, un aumento automatico di 8 livelli della scala *standard*¹²⁷. Tale dichiarazione può intervenire in molteplici ipotesi; il giudice ha comunque alcune significative limitazioni nell’esercizio della sua discrezionalità, come emerge, ad esempio, nella sentenza sul caso *Lopez v. Gonzalez*¹²⁸, nella quale si argomenta che una condanna per un reato, a livello statale, inerenti agli stupefacenti non è classificabile come un “*aggravated felony*” ai sensi del §2L1.2(b)(1), quanto meno là dove la condotta non costituisca reato secondo il *Federal Controlled Substances Act*. Nella fattispecie (analogamente a casi simili), l’aumento non è dunque stato di 8 livelli, bensì solo di 4, sulla scorta di quanto disposto dal §2L1.2(b)(1)(D) USSG, che stabilisce un siffatto aumento in conseguenza di “*any other felony*”, invece di 8 livelli.

Di seguito si riporta una traduzione del §2L1.2 USSG, con l’avvertenza che tali previsioni non si applicano soltanto ai reati di cui alla *section 275* dell’INA, ma hanno rilievo anche per la *section 276*, oggetto di analisi nel prosieguo.

United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, §2L1.2. (USSG §2L1.2). Ingresso e soggiorno illegali negli Stati Uniti.

Parte L – Reati riguardanti l’immigrazione, la naturalizzazione ed i passaporti

2L 1.2 Ingresso o soggiorno illegali negli Stati Uniti

(a) livello base del reato: 8

(b) Caratteristiche specifiche del reato:

(1) si applica il massimo della pena se l’imputato precedentemente è stato espulso, o ha soggiornato illegalmente negli Stati Uniti, dopo –

(A) una condanna per un reato di: (i) traffico di droga per il quale la pena inflitta superava i tredici mesi; (ii) violenza; (iii) uso di armi da fuoco; (iv) pedopornografia; (v) attentato alla sicurezza nazionale o terrorismo; (vi) tratta di esseri umani; o (vii) contrabbando di stranieri — la pena è aumentata di 16 livelli;

(B) una condanna per il reato di traffico di droga per cui la condanna inflitta era di tredici mesi o inferiore — la pena è aumentata di 12 livelli;

(C) una condanna per un crimine aggravato — la pena è aumentata di 8 livelli;

(D) una condanna per ogni altro reato — la pena è aumentata di 4 livelli; o

(E) tre o più condanne per infrazioni che configurino reati di violenza o di traffico di droga — la pena è aumentata di 4 livelli.

Commento

Previsioni di legge: 8 U.S.C. §. 1325 (a) (solo secondo reato e seguenti), 8 U. S. C. §. 1326. Per

¹²⁷ Sul concetto di *aggravated felony*, v. *infra*, par. 2.2, nonché Chea S., *The Evolving Definition of an Aggravated Felony*, Published by the Institute of Continuing Legal Education in Georgia, (1999), che sottolinea, tra l’altro, che tale dichiarazione implica il divieto di fare ingresso negli Stati Uniti per venti anni. Un approccio particolare alla commisurazione della pena ai sensi del USSG § 2L1.2 – il “*categorical approach*” – viene descritto nelle sentenze sui casi *Taylor v. United States* (495 U.S. 575 (1990)) e *Shepard v. United States* (125 S.Ct. 1254(2005)); su di esso, v. *Interim Staff Report on Immigration Reform and the Federal Sentencing Guidelines*, January 2006, pag. 24.

¹²⁸ *Lopez v. Gonzalez*, 549 U.S. 47, 127 S.Ct. 625 (2006).

le previsioni di legge ulteriori, vedi l'appendice A.

Note applicative:

1. Applicazione della sottosezione (b)(1).

(A) In generale. – Ai fini della sottosezione (b)(1):

(i) un imputato dovrà essere espulso dopo una condanna se è stato espulso o ha lasciato gli Stati Uniti mentre era in sospeso un ordine di *expulsion, deportation* o *removal*;

(ii) un imputato dovrà essere espulso dopo la condanna, se l'espulsione è stata successiva alla condanna, indipendentemente dal fatto che l'espulsione fosse una conseguenza della condanna;

(iii) un imputato sarà considerato un immigrato irregolare negli Stati Uniti se è rimasto negli Stati Uniti dopo un ordine di *removal* relativo ad una condanna, indipendentemente dal fatto che l'ordine di *removal* fosse in conseguenza della condanna;

(iv) la sottosezione (b)(1) non trova applicazione nel caso di condanna per un reato commesso prima che l'imputato compisse il diciottesimo anno d'età, a meno che questa condanna non sia equiparata ad una condanna di persone maggiorenni secondo la legge federale o statale alla luce della quale l'imputato è stato condannato.

(B) Definizioni – Ai sensi della sottosezione (b)(1):

(i) "reato di traffico di stranieri" ha il significato attribuito a quel termine nella sezione 101 (a)(43)(N) dell'*Immigration and Nationality Act* ((U.S.C. par. 1101 (a) (43) (N));

(ii) per "reato di pedopornografia" si intende (I) un reato descritto nel 18 U.S.C. §§ 2251, 2251A, 2252, 2252A, o 2260; o (II) un reato secondo la legge statale o locale che consista in una condotta che sarebbe stata un reato ai sensi di qualunque di queste sezioni se fosse stata compiuta all'interno della giurisdizione degli Stati Uniti;

(iii) "reato di violenza" indica uno dei seguenti reati secondo le leggi federali, statali o locali: omicidio, omicidio colposo, rapimento, lesioni aggravate, reati di violenza sessuale (inclusi i casi in cui il consenso non è dato o non è legalmente valido, nonché i casi in cui il consenso è involontario, inconsapevole o coartato), stupro, abuso sessuale di minore, furto, incendio doloso, usura, rapina, o ogni altro reato secondo la legge federale, statale o locale che abbia come elemento tipico l'uso, il tentato uso o la minaccia dell'uso della forza fisica contro un altro individuo;

(iv) per "reato di traffico di droga" si intende un reato secondo la legge federale, statale o locale che ne proibisce la produzione, l'importazione, l'esportazione, la distribuzione o lo spaccio, oppure l'offerta di vendita di una sostanza controllata (o di una sostanza contraffatta) con l'intento di produrla, importarla, esportarla o spacciarla;

(v) "reati con armi da fuoco" sono:

(I) un reato secondo la legge federale, statale o locale che proibisca l'importazione, la distribuzione, il trasporto o il traffico di armi da fuoco descritti nel 18 U.S.C. § 921 o di qualunque materiale esplosivo come definito nel 18 U.S.C. § 841 (c);

(II) un reato secondo la legge federale, statale o locale che proibisca il possesso di armi da fuoco descritte nel 26 U.S.C. § 5845(a), o di materiale esplosivo come definito nel 18 U.S.C. § 841 (c);

(III) una violazione del 18 U.S.C. § 844(h);

(IV) una violazione del 18 U.S.C. § 924(c);

(V) una violazione del 18 U.S.C. § 929(a);

(VI) un reato secondo la legge dello stato o locale che consista in una condotta che sarebbe stata un reato ai sensi delle sottosezioni (III), (IV) o (V) se il reato si fosse verificato all'interno della speciale giurisdizione marittima e territoriale degli Stati Uniti;

(vi) per "reato di tratta di esseri umani" si intende (I) ogni reato descritto nel 18 U.S.C. §§ 1581, 1582, 1583, 1584, 1585, 1588, 1589, 1590 o 1591; o (II) un reato secondo la legge statale o locale che consista in una condotta che avrebbe integrato un reato secondo una qualunque sezione se il rea-

to si fosse verificato nella giurisdizione speciale marittima e territoriale degli Stati Uniti;

(vii) “*sentence imposed*” ha il significato dato all’espressione “condanna alla pena detentiva” nella Nota applicativa 2 e nella sottosezione (b) del § 4.A1.2 (Definizioni e istruzioni per analizzare la storia criminale), senza riferimento alla data della condanna. La lunghezza della “*sentence imposed*” include ogni temine di pena detentiva dato a seguito di revoca dell’affidamento in prova, della scarcerazione preventiva per buona condotta, o della libertà controllata;

(viii) “reato di terrorismo” significa ogni condotta di chi ponga in essere o intenda promuovere un “crimine federale di terrorismo” come l’espressione è definita nel 18 U.S.C. § 2332b(g)(5).

2. Definizione di “*felony*” . – Ai fini della sottosezione (b)(1)(A), (B), e (D), “*felony*” significa ogni reato federale, statale o locale punibile con il carcere per almeno un anno.

3. Applicazione della sottosezione (b)(1)(C).

(A) Definizioni. – Ai fini della sottosezione (b)(1)(C), “*aggravated felony*” ha il significato dato all’espressione nella sezione 101(a)(43) dell’*Immigration and Nationality Act* (8 U.S.C. § 1101 (a)(43)), senza alcun riferimento alla data della condanna per “*aggravated felony*”.

(B) In generale. – Il livello del reato sarà aumentato secondo la sottosezione (b)(1)(C) per ogni “*aggravated felony*”, come definita nella sottodivisione (A)), se il livello non è aumentato secondo le sottosezioni (b)(1)(A) o (B).

4. Applicazione della sottosezione (b) (1)(E). – Ai fini della sottosezione (b)(1)(E):

(A) “*infrazione*” è ogni reato federale, statale, locale punibile con una pena detentiva massima di un anno;

(B) per “tre o più condanne” si intendono almeno tre condanne per reati che non sono computati in una singola condanna ai sensi della sottosezione (a) (2) del § 4 A1.2 (Definizioni e istruzioni per l’analisi della storia criminale).

5. Favoreggiamento (“*aiding*” e “*abetting*”), associazione a delinquere e attentati. – Le precedenti condanne per reati secondo la sottosezione(b)(1) includono i reati di favoreggiamento, associazione a delinquere e tentativi di commettere questi reati.

6. Analisi dei “punti” della storia criminale. – Una condanna calcolata secondo la sottosezione (b)(1) non è esclusa dalla considerazione dei “punti” attribuiti nella storia criminale ai sensi del Capitolo 4, parte A (*Criminal History*).

7. Considerazioni sulle deroghe. – Si possono dare casi in cui il livello di reato applicabile sovrastima o sottovaluta la serietà della precedente condanna. In tali casi, si giustificherà una deroga. Esempi: (A) In un caso in cui non si applica la sottosezione (b)(1)(A) o (b)(1)(B) e l’imputato ha una precedente condanna per possesso o trasporto di una quantità di “sostanza controllata” che eccede il quantitativo funzionale all’uso personale, si giustificherà una deroga verso l’alto. (B) In un caso in cui la sottosezione (b)(1)(A) si applica, e la precedente condanna non incontra la definizione di “*aggravated felony*” del 8 U.S.C. § 1101 (a)(43), si giustificherà una deroga verso il basso.

(c) L’allontanamento dello straniero come alternativa alla irrogazione della pena ovvero come misura successiva all’esecuzione della pena

Per cogliere il concreto funzionamento dei meccanismi di reazione approntati dall’ordinamento nei confronti dell’immigrazione irregolare, deve evidenziarsi che l’accertamento della sanzione penale per immigrazione irregolare è comunque subordinato all’esercizio della relativa azione, che, come noto, negli Stati Uniti è discrezionale. Ne discende che la previsione del reato ben può restare teorica, essendo altre le modalità di reazione per cui si opta. In particolare, allorché si verifichi un (primo) ingresso irregolare, la tendenza è quella a procedere in via amministrativa. L’individuo viene, così, allontanato sulla base di una decisione assunta da organi del potere esecutivo, ed è soltanto in caso di impugnazione, da

parte dell'interessato, di fronte ad un giudice che la vicenda entra a tutti gli effetti nel circuito giudiziario. Se questo avviene, sussistendone le condizioni, si pronuncerà una condanna ad una pena anche detentiva, al termine della quale lo straniero verrà presumibilmente espulso. Si tratta, tuttavia, di una eventualità piuttosto remota, con il che può dirsi che, di fronte ad un primo ingresso illegale, non si avrà condanna penale, ma soltanto un provvedimento amministrativo di allontanamento. È in quest'ottica che l'immigrazione irregolare è un reato solo virtualmente: il potere di valutazione resta quasi integralmente in mano all'*executive branch*, con la conseguenza di limitare, sì, le garanzie per l'individuo, ma anche con quella di evitare la pronuncia di una condanna (penale) che, come si vedrà nel prosieguo, potrebbe pesare, nell'avvenire, sul soggetto che dovesse delinquere.

Di contro, i reati di immigrazione irregolare entrano normalmente nel circuito giudiziario nel caso in cui l'immigrato irregolare commetta un altro reato (ma allora a rilevare non è tanto la sua condizione di irregolarità, quanto la commissione di un altro reato) oppure in caso di recidiva per l'ingresso illegale o, ancora, in caso di rientro (secondo quanto si dirà *infra*, al par. seguente). In queste evenienze, per scelta *politica*, all'allontanamento in via amministrativa si sostituisce generalmente l'imputazione in sede penale, con la conseguenza che, in caso di condanna, il soggetto dovrà espiare la pena negli Stati Uniti, prima di essere presumibilmente oggetto di un provvedimento di allontanamento.

È poi da sottolineare che nel diritto federale è previsto anche un caso di rinuncia (tanto alla pretesa penale quanto) alla pretesa espulsiva allorché lo straniero presente illegalmente da meno di un anno decida volontariamente (ed a proprie spese) di allontanarsi dagli Stati Uniti: in questa evenienza, subordinata comunque all'accettazione dell'autorità amministrativa competente, il processo dell'allontanamento non si attiva, ma si prevede l'irrogazione di una sanzione automatica consistente nel divieto di reingresso per tre anni. Qualora lo straniero irregolare permanga per oltre un anno, il termine del divieto si estende a dieci anni.

Se all'allontanamento volontario non si fa luogo (per causa dello straniero o anche per cause oggettive che lo rendono impossibile), allora ha inizio il procedimento che porta all'allontanamento, nelle more del quale lo straniero viene detenuto.

Tutto ciò che riguarda la materia dell'immigrazione rientra nella competenza dell'*U.S. Department of Homeland Security*, ed in particolare dell'*Executive Office for Immigration Review*, un ufficio all'interno del Dipartimento della Giustizia. Le procedure giustiziali da esso poste in essere sono definitive, salva la possibilità di ricorrere in appello al *Board of Immigration Appeals* (BIA). Le pronunce del BIA, generalmente vincolanti, sono comunque soggette al sindacato giurisdizionale.

Pur con quest'ultima eccezione, vale il principio della "*plenary power doctrine*", la *doctrine* che considera la materia dell'immigrazione quasi immune dal potere giudiziale. Una sentenza fondamentale al riguardo è quella pronunciata dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Harrisades v. Shaughnessy*, del 1952¹²⁹. In essa si è affermato che "le condizioni per l'ingresso di qualunque straniero ("*alien*"), le categorie di stranieri cui sarà negato il permesso di ingresso, le condizioni all'uopo necessarie, il diritto di decidere sul porre fine al soggiorno degli stranieri, i fondamenti su cui la decisione sarà basata, sono stati riconosciuti come materie di competenza esclusiva del Congresso e sono completamente al di fuori dei poteri di controllo di questa Corte"¹³⁰. Anche se negli anni successivi qualche eccezione al principio

¹²⁹ 342 U.S. 580, 596-97 (1952).

¹³⁰ Schmidtke, O. e Ozcurumez, S., *Of States, Rights, and Social Closure: Governing Migration and Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2008, pag. 48.

è stata formulata (come, ad esempio, nel caso in cui venga in rilievo la *due process clause*), è indubbio che la gran parte della materia sia di spettanza del potere esecutivo, attraverso i c.d. “giudici dell’immigrazione”¹³¹.

1.2. Rientro dello straniero espulso (*Immigration and Nationality Act, section 276*)

Immigration and Nationality Act, section 276 (8 U.S.C. § 1326). Rientro dello straniero espulso.

(a) Generalità

Conformemente alla sottosezione (b) di questa sezione, qualsiasi straniero

(1) cui sia stata negata l’ammissione, che sia stato escluso, espulso o respinto, o che abbia lasciato gli Stati Uniti mentre un ordine di esclusione, di espulsione o di respingimento era in sospeso, e che successivamente

(2) entri, tenti di entrare, o in qualunque momento sia trovato all’interno degli Stati Uniti, a meno che

(A) prima di essere reimbarcato verso un luogo esterno agli Stati Uniti o prima della sua domanda di ammissione da un territorio attiguo straniero, l’*Attorney General* consenta espressamente a tale straniero di rientrare; o

(B) con riguardo ad uno straniero cui sia stata precedentemente negata l’ammissione e che sia stato respinto, a meno che tale straniero stabilisca che non era tenuto ad ottenere tale consenso anticipato a norma di questo capitolo o di qualunque legge anteriore,

sarà multato in base al titolo 18, o recluso per non più di 2 anni, o assoggettato ad entrambe le sanzioni.

(b) Pene criminali per il rientro di taluni stranieri allontanati

A prescindere da quanto stabilito dalla sottosezione (a) di questa sezione, nel caso di qualunque straniero descritto in tale sottosezione

(1) il cui allontanamento sia stato conseguente ad una condanna per la commissione di tre o più infrazioni concernenti droga, crimini contro la persona, o entrambi, o un crimine (con l’eccezione del crimine aggravato [*aggravated felony*]), lo straniero sarà multato in base al titolo 18, recluso per non oltre 10 anni, o assoggettato ad entrambe le sanzioni;

(2) il cui allontanamento sia stato conseguente ad una condanna per la commissione di un crimine aggravato, lo straniero sarà multato in base a tale titolo, recluso per non oltre 20 anni, o assoggettato ad entrambe le sanzioni;

(3) che sia stato escluso dagli Stati Uniti conformemente alla *section 1225 (c)* di questo titolo perché lo straniero era passibile di esclusione in base alla *section 1182 (a) (3) (B)* di questo titolo, o che sia stato allontanato dagli Stati Uniti conformemente alle disposizioni del sottocapitolo V di questo capitolo, e che, successivamente, senza il permesso dell’*Attorney General*, faccia ingresso negli Stati Uniti, o tenti di farlo, sarà multato in base al titolo 18 e recluso per un periodo di 10 anni,

¹³¹ V. Balbo, P., *Extracomunitari. Profili penali e giurisprudenza interna ed internazionale*, Giappichelli, 2004, pag. 26, che analizza, in particolare, la *section 240* dell’INA (Removal Proceedings: (b) Conduct of Proceeding): “(1) *Authority of immigration judge. The immigration judge shall administer oaths, receive evidence, and interrogate, examine, and cross-examine the alien and any witnesses. The immigration judge may issue subpoenas for the attendance of witnesses and presentation of evidence. The immigration judge shall have authority (under regulations prescribed by the Attorney General) to sanction by civil money penalty any action (or inaction) in contempt of the judge’s proper exercise of authority under this Act.*”.

V. anche 8 C.F.R. §1003.1(d)(3), (f), (g); ed in generale, il *Board of Immigration Appeals Practice Manual*, la *section 1.2* e 1.4(a) e (d).

condanna che non verrà scontata contemporaneamente ad altra; o

(4) che sia stato allontanato dagli Stati Uniti conformemente alla *section* 1231 (a) (4) (B) di questo titolo e che, successivamente, senza il permesso dell'*Attorney General*, faccia ingresso, tenti di entrare, o in qualunque momento sia trovato all'interno degli Stati Uniti (a meno che l'*Attorney General* abbia espressamente acconsentito al rientro di tale straniero) sarà multato in base al titolo 18, recluso per non più di 10 anni, o assoggettato ad entrambe le sanzioni.

Allo scopo di questa sottosezione, il termine "allontanamento" include ogni accordo che uno straniero stipuli per l'allontanamento in pendenza (o anche non in pendenza) di un processo penale secondo la legge federale o la legge statale.

(c) Rientro dello straniero espulso prima del completamento del periodo di reclusione

Qualunque straniero espulso conformemente alla *section* 1252 (h) (2) di questo titolo che faccia ingresso, tenti di entrare, o in qualunque momento sia trovato all'interno degli Stati Uniti (a meno che l'*Attorney General* abbia espressamente acconsentito al rientro di tale straniero), sarà recluso per il resto della condanna alla reclusione che era in corso al momento dell'espulsione, senza alcuna riduzione per "parole" (libertà sulla parola) o per rilascio sorvegliato. Tale straniero sarà soggetto a tali altre pene connesse con il rientro degli stranieri espulsi nel momento in cui ciò sia possibile in base a questa sezione o a qualunque altra previsione di legge.

(d) Limitazioni all'impugnazione incidentale dell'ordine di espulsione

In un procedimento penale nell'ambito di questa sezione, uno straniero non può impugnare la validità dell'ordine di espulsione descritto nella sottosezione (a) (1) di questa sezione o nella sottosezione (b) di questa sezione, a meno che lo straniero dimostri che

(1) lo straniero ha esaurito tutti i rimedi amministrativi disponibili per difendersi contro l'ordine;

(2) gli atti di espulsione da cui l'ordine è scaturito impropriamente hanno privato lo straniero dell'opportunità di un controllo giurisdizionale; e

(3) la vigenza dell'ordine era fondamentalmente ingiusta.

(a) I soggetti

Relativamente ai destinatari delle previsioni di cui alla *section* 276, possono riproporsi le considerazioni svolte con riferimento alla *section* 275, potenzialmente coinvolgendo le disposizioni qualunque straniero.

(b) Le condotte sanzionate e le pene previste

Con la *section* 276, si prendono in considerazione condotte poste in essere da stranieri che siano stati in precedenza allontanati e che facciano ingresso, o tentino di farlo, ovvero vengano trovati all'interno dei confini degli Stati Uniti senza permesso.

Le previsioni evidenziano il particolare disvalore connesso a condotte dalle quali emerga una sorta di "recidiva" (il termine viene, ovviamente, utilizzato in un'accezione atecnica), da parte di un individuo che, dopo essere stato espulso (o altrimenti allontanato), sovente per ingresso o soggiorno irregolari, commetta una analoga (anche se non identica) infrazione alle normative sull'immigrazione.

In generale, può dirsi che la pena massima per uno straniero che ri-entra dopo l'espulsione è di una

multa e la reclusione per non più di due anni, o il cumulo delle due sanzioni. Se, comunque, l'allontanamento era successivo ad una condanna di almeno tre reati minori (dei tipi vari) o un reato grave, la pena massima della reclusione è di 10 anni. Per di più, se l'espulsione era successiva ad una condanna di un *aggravated felony* la pena massima di reclusione è di 20 anni.

I reati contemplati nella *section 276* possono configurarsi, in ragione della loro maggiore o minore gravità, come reati per i quali è sufficiente una sanzione pecuniaria ovvero si richiede un periodo – talora anche piuttosto cospicuo – di reclusione.

Come accennato, le linee guida che sono state analizzate *supra*, par. 1.1., *sub (b)*, riguardano anche la *section 276*. Non può, quindi, che rinviarsi a quanto in precedenza argomentato.

(c) L'allontanamento dello straniero come misura successiva all'esecuzione della pena

Con riferimento alla possibilità di espellere il soggetto che abbia commesso il reato in discorso, può farsi rinvio a quanto illustrato *supra*, par. 1.1., *sub (c)*.

2. Il trattamento sanzionatorio previsto per l'immigrato irregolare che commetta (altri) reati

La configurazione, nelle forme descritte in precedenza, dell'immigrazione irregolare alla stregua di un reato ha l'ovvia conseguenza che, al compimento, da parte dello straniero irregolare, di una condotta penalmente rilevante, si concretizza un concorso materiale di reati. Per dar conto del trattamento riservato allo straniero irregolare che delinque, occorre dunque preliminarmente fornire un quadro, per quanto sommario, di come l'ordinamento degli Stati Uniti reagisca di fronte alla pluralità di fatti-reato.

Allorché l'autore di reati sia uno straniero, tuttavia, come già si è avuto modo di accennare, possono darsi conseguenze sanzionatorie diverse rispetto a quelle che colpiscono i cittadini: lo straniero che delinque, regolare o irregolare che sia, è infatti passibile di allontanamento dopo il processo penale relativo ai reati commessi. Ciò posto, è comunque da sottolineare che le linee guida sulla commisurazione della pena, nel § 5H1.10, relativo a *Race, Sex, National Origin, Creed, Religion, and Socio-Economic Status (Policy Statement)*, precisano che i suddetti fattori (razza, sesso, ecc.) indicati nel titolo non possono avere rilevanza sull'entità della pena da irrogare (nel medesimo senso si esprime il § 5K2.0(d), con riferimento alle circostanze aggravanti ed attenuanti da considerare).

In buona sostanza, può dirsi che lo *status* di cittadino o meno non rileva in sede giurisdizionale, ma soltanto ai diversi fini della decisione (da parte di organi del potere esecutivo) in ordine all'allontanamento dello straniero¹³².

2.1. Cenni sul concorso materiale di reati

Il concorso materiale di reati nella dottrina e nella legislazione statunitense, in generale, dà luogo alla

¹³² V. *infra* par. 2.2.

somma delle pene per i diversi reati compiuti, isolatamente considerati.

Peraltro, se i reati per cui si procede sono connessi, il §3D1.2¹³³ delle linee guida prevede l'applicazione di una sorta di cumulo giuridico. In particolare, si determina la pena per il reato più grave; tale pena viene poi aumentata, facendo applicazione di regole assai dettagliate, in relazione agli altri reati per cui si procede.

Il capitolo 3 delle linee guida pone le norme per determinare il livello base della pena per il caso in cui il processo penale verta su una pluralità di reati commessi dallo stesso autore.

In generale, le linee guida fissano la pena incrementando la sanzione del reato più grave, assunto come base, con quelle relative ai crimini più lievi. Lo stesso capitolo 3 disciplina anche le modalità attraverso cui operare il collegamento tra i reati¹³⁴.

Nel capitolo 4 vengono regolati gli aumenti e le diminuzioni di pena in rapporto alle caratteristiche soggettive del reo.

Infine, nel capitolo 5 si determina il *range* e si pongono le regole attraverso cui delineare la pena totale per la combinazione dei reati: in particolare, il §5G1.2 USSG fissa le norme per calcolare in modo tecnico le varie circostanze.

Sul piano concreto, peraltro, non può non avvertirsi che, alla stessa stregua (ed anzi a maggior ragione) di quanto notato con riferimento all'ordinamento del Regno Unito (si veda il relativo contributo, cui si fa, in questa sede, rinvio), una gran parte dei processi penali viene condizionata da un *plea bargain*, cioè da un accordo antecedente alla fase dibattimentale in cui l'imputato riconosce totalmente o parzialmente la propria colpevolezza, solitamente in cambio di benefici in termini di pena.

¹³³ USSG §3D1.2. – *Groups of Closely Related Counts*

All counts involving substantially the same harm shall be grouped together into a single Group. Counts involve substantially the same harm within the meaning of this rule:

(a) When counts involve the same victim and the same act or transaction.

(b) When counts involve the same victim and two or more acts or transactions connected by a common criminal objective or constituting part of a common scheme or plan.

(c) When one of the counts embodies conduct that is treated as a specific offense characteristic in, or other adjustment to, the guideline applicable to another of the counts.

(d) When the offense level is determined largely on the basis of the total amount of harm or loss, the quantity of a substance involved, or some other measure of aggregate harm, or if the offense behavior is ongoing or continuous in nature and the offense guideline is written to cover such behavior.

Offenses covered by the following guidelines are to be grouped under this subsection: §2A3.5; §§2B1.1, 2B1.4, 2B1.5, 2B4.1, 2B5.1, 2B5.3, 2B6.1; §§2C1.1, 2C1.2, 2C1.8; §§2D1.1, 2D1.2, 2D1.5, 2D1.11, 2D1.13; §§2E4.1, 2E5.1; §§2G2.2, 2G3.1; §2K2.1; §§2L1.1, 2L2.1; §2N3.1; §2Q2.1; §2R1.1; §§2S1.1, 2S1.3; §§2T1.1, 2T1.4, 2T1.6, 2T1.7, 2T1.9, 2T2.1, 2T3.1.

¹³⁴ Il §3D1.5 USSG reca l'esempio che qui si riporta: “*Defendant C was convicted on four counts: (1) distribution of 230 grams of cocaine; (2) distribution of 150 grams of cocaine; (3) distribution of 75 grams of heroin; (4) offering a DEA agent \$20,000 to avoid prosecution. The combined offense level for drug offenses is determined by the total quantity of drugs, converted to marijuana equivalents (using the Drug Equivalency Tables in the Commentary to §2D1.1 (Unlawful Manufacturing, Importing, Exporting, or Trafficking)). The first count translates into 46 kilograms of marijuana; the second count translates into 30 kilograms of marijuana; and the third count translates into 75 kilograms of marijuana. The total is 151 kilograms of marijuana. Under §2D1.1, the combined offense level for the drug offenses is 26. In addition, because of the attempted bribe of the DEA agent, this offense level is increased by 2 levels to 28 under §3C1.1 (Obstructing or Impeding the Administration of Justice). Because the conduct constituting the bribery offense is accounted for by §3C1.1, it becomes part of the same Group as the drug offenses pursuant to §3D1.2(c). The combined offense level is 28 pursuant to §3D1.3(a), because the offense level for bribery (22) is less than the offense level for the drug offenses (28)*”.

Le schematiche considerazioni che precedono hanno una valenza generale, nel senso che riguardano tutti i reati. Ciò posto, è ovvio che quelli concernenti l'immigrazione irregolare non possano fare eccezione, se non limitatamente a quelle ipotesi nelle quali, come si è visto, per determinazione *lato sensu* politica, all'imputazione penale si sostituisca l'allontanamento per via amministrativa, il che, come è chiaro, priva di rilevanza la tematica del concorso di reati.

2.2. L'espulsione come sanzione nei confronti degli stranieri che commettano reati

L'analisi della disciplina sanzionatoria contemplata nelle disposizioni penali deve essere completata evidenziando che lo straniero (regolare o irregolare che sia), che commette un reato, successivamente all'espiazione della pena, è passibile di allontanamento.

In linea di massima, anzi, l'allontanamento successivo all'esecuzione della pena è un provvedimento adottato piuttosto frequentemente, specie – come è chiaro – per i casi di condanne e reati di una certa gravità.

In particolare, la conseguenza più rischiosa per un non-cittadino americano che commette un reato è che tale reato venga classificato come un “*aggravated felony*” ai sensi dell'*Illegal Reform and Immigrant Responsibility Act* del 1996 (IIRIRA)¹³⁵: questa legge prevede un elenco (dai più ritenuto non tassativo) di casi in cui un non-cittadino potrebbe essere considerato un “*aggravated felon*”, anche se il reato commesso non è un reato ad altri fini ritenuto grave. Nello stesso 1996 è entrato in vigore l'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA)¹³⁶, che ha ulteriormente inasprito il regime cui sono sottoposti i non-cittadini che delinquano.

Mentre, nel regime previgente, i non-cittadini rischiavano la detenzione o l'allontanamento solo dopo aver commesso un reato grave, alla luce degli interventi normativi appena richiamati anche una condanna per un reato minore potrebbe avere gravi conseguenze per il non-cittadino, a seconda del tipo di interpretazione adottata dal giudice dell'immigrazione.

Nel sistema vigente, uno straniero che venga condannato per un delitto che coinvolga la morale (*moral turpitude*) è passibile di espulsione, quale pena accessoria alla ordinaria sanzione penale, in due circostanze: a) se il reato è commesso entro cinque anni dalla data di ammissione nel territorio, e si tratti di un reato per il quale è prevista una condanna (o lo straniero sia già stato condannato) ad almeno un anno di reclusione; o b) se lo straniero è condannato per due o più delitti che coinvolgono la morale e che non sono riconducibili ad un medesimo disegno criminoso.

In generale, la legislazione statunitense prevede una serie di casi per i quali è prevista l'espulsione: tra questi si ricordano quelli della violazione di leggi o regolamenti federali o statali sul possesso o sul consumo di sostanze stupefacenti o sul possesso di armi, quello di abusi o violenze a danno di minori e bambini, o ancora di coinvolgimento in attività terroristiche o di falsificazione di documenti.

Più che una disciplina generale sul concorso di reati commessi da uno straniero, rilevano, dunque, le singole fattispecie previste nel dettaglio in relazione a singoli reati. L'eccezione a questo approccio casistico risiede, appunto, nella enucleazione del concetto di “*aggravated felony*”, attraverso il quale, giova ripeterlo, quello che in ambito penale è considerato un reato minore, nell'ambito della materia immigrazione può essere qualificato come un reato grave, con le suddette conseguenze in termini sanzionatori, e

¹³⁵ 110 Stat. 3009-546.

¹³⁶ Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214.

con le conseguenze connesse al mancato riconoscimento di taluni benefici, quali, ad esempio, il mutamento di *status*, l'annullamento dell'ordine di allontanamento, l'utilizzabilità della procedura di allontanamento volontario, la concessione del diritto di asilo¹³⁷. È da notare che anche un *lawful permanent resident* che sia condannato per un reato qualificato come aggravato è passibile di espulsione.

Per quanto riguarda l'allontanamento dello straniero a causa di un reato commesso (diverso dal reato di clandestinità), ai fini del procedimenti di fronte all'autorità dell'immigrazione, è importante distinguere tra lo straniero regolare (*lawfully admitted*) e gli altri stranieri presenti negli Stati Uniti.

Se lo straniero è *lawfully admitted* negli Stati Uniti, le condizioni in presenza delle quali può farsi luogo ad espulsione per la commissione di reati sono quelle riportate nella *section 237(a)* dell'INA (*Grounds of "deportability"*).

Invece, per tutti gli altri stranieri, i quali sono presenti negli Stati Uniti, ma non ammessi legalmente (ed è questo che è rilevante per il nostro discorso), le cause di inammissibilità ("*grounds of inadmissibility*") per crimini commessi sono riportate nella *section 212(a)* dell'INA¹³⁸.

A proposito della dichiarazione di *aggravated felony*, e nei confronti di un *lawful permanent resident*, un interessante caso è attualmente pendente dinanzi alla Corte suprema federale. Si tratta del caso *Nijhawan v. Holder*¹³⁹. Nijhawan è un residente legalmente permanente accusato e condannato per associazione a delinquere, frode e riciclaggio di denaro in base al diritto federale. Dinanzi al giudice penale

¹³⁷ Kidane, W., *The Challenges of Representing Detained Non Citizens in Expedited Removal Proceedings from the Perspective of the Dickinson School of Law Immigration Clinic*, Weidner Law Journal, Vol. 17, 2008, pag. 394. L'autore cita, ad esempio, il caso di Daniel Kim, un immigrato regolare, stabilitosi negli Stati Uniti come rifugiato e avente precedenti penali legati al possesso di stupefacenti. Accusato di furto, il Kim aveva patteggiato una pena compresa tra i 6 ed i 23 mesi. Il reato di furto, tuttavia, è indicato, nella *section 101(a)(43)(G)* dell'INA, tra quelli suscettibili di dar luogo ad una dichiarazione di *aggravated felony*, con la conseguenza dell'espellibilità del soggetto.

¹³⁸ Sul tema, v. Vargas, M., *Working Paper on Immigration Consequences of Guilty Pleas or Convictions in New York Courts*, May 2005, pag. 4: "*Criminal Grounds of Deportability of lawfully admitted individual are listed in INA Section 237(a)(2), 8 U.S.C. §1227(a)(2)...A noncitizen who is not lawfully present but who has some claim to lawful status (e.g. married to a U.S. citizen) might be made permanently ineligible to be admitted as a lawful immigrant if convicted of certain crimes, or if s/he merely admits having committed a crim. The criminal grounds for inadmissibility are listed in INA Section 212(a)(2), 8 U.S.C. §1182(a)(2)...*".

Section 212 INA. [8 U.S.C. § 1182]

Classes of Aliens Ineligible for Visas or Admission.-Except as otherwise provided in this Act, aliens who are inadmissible under the following paragraphs are ineligible to receive visas and ineligible to be admitted to the United States: 2) Criminal and related grounds. (A) Conviction of certain crimes. (i) In general.-Except as provided in clause (ii), any alien convicted of, or who admits having committed, or who admits committing acts which constitute the essential elements of- (I) a crime involving moral turpitude (other than a purely political offense or an attempt or conspiracy to commit such a crime), or (II) a violation of (or a conspiracy or attempt to violate) any law or regulation of a State, the United States, or a foreign country relating to a controlled substance (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 802)), is inadmissible. (ii) Exception. Clause (i)(I) shall not apply to an alien who committed only one crime if- (I) the crime was committed when the alien was under 18 years of age, and the crime was committed (and the alien released from any confinement to a prison or correctional institution imposed for the crime) more than 5 years before the date of application for a visa or other documentation and the date of application for admission to the United States, or (II) the maximum penalty possible for the crime of which the alien was convicted (or which the alien admits having committed or of which the acts that the alien admits having committed constituted the essential elements) did not exceed imprisonment for one year and, if the alien was convicted of such crime, the alien was not sentenced to a term of imprisonment in excess of 6 months (regardless of the extent to which the sentence was ultimately executed). (B) Multiple criminal convictions.-Any alien convicted of 2 or more offenses (other than purely political offenses), regardless of whether the conviction was in a single trial or whether the offenses arose from a single scheme of misconduct and regardless of whether the offenses involved moral turpitude, for which the aggregate sentences to confinement were 5 years or more is inadmissible".

¹³⁹ *Nijhawan v. Holder*, 08-495. *Granted certiorari* nel gennaio 2009.

non è stato in questione l'ammontare del denaro, ma la Corte e tutte le parti hanno concordato di stabilire che il profitto ricavato dal reato fosse di 100 milioni di dollari. Ora, l'INA, 8 U.S.C. §1101(a)(43) prevede che sia definito, tra l'altro, come *aggravated felony* "un reato che [...] coinvolga una frode o un inganno per cui la perdita della vittima o delle vittime del reato sia superiore ai \$ 10.000" (*subsection (M)(i)*), e ad identico esito conduce il tentativo di commettere questo reato (*subsection (U)*). La questione che si pone alla Corte suprema riguarda se, ai fini della decisione sull'espulsione (come conseguenza dell'*aggravated felony*), l'ammontare del profitto debba essere provato al di là di ogni ragionevole dubbio da una giuria o se è sufficiente che esso venga dichiarato, magari perché – come è stato nella specie – non rilevante ai fini della condanna, come parte di un accordo tra imputato e accusa, avallato dalla corte.

La questione si collega all'autonomia che caratterizza il giudice dell'immigrazione, che ben può, almeno in teoria, procedere ad una nuova qualificazione dei fatti che nel processo penale sono già stati oggetto di accertamento da parte di una corte e di una giuria¹⁴⁰.

3. Altre possibili forme di incidenza della situazione di immigrazione irregolare sulla commissione della pena irrogata nei confronti di stranieri che delinquono

Tratteggiata l'incidenza del reato di immigrazione irregolare nel caso di concorso materiale di reati, resta adesso da valutare se, ed entro quali limiti, l'immigrazione irregolare possa avere riflessi, in altre forme, sulla tipologia e sull'entità della pena comminata per un (altro) reato.

In proposito, occorre prendere preliminarmente atto della circostanza che uno dei tratti peculiari del diritto penale statunitense (federale) è rappresentato dalla limitata discrezionalità – quanto meno se confrontata con il Regno Unito – di cui gode il giudice nel determinare la pena.

Al riguardo, una fondamentale importanza è da attribuire alle linee guida per la commisurazione della pena (*United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*¹⁴¹), che vengono emanate dalla *United States Sentencing Commission* ("Commission"); la prima loro pubblicazione è del 1987. La *Commission* è un'autorità indipendente federale, cui spetta il potere di redigere tali linee guida alla luce della *section 994* del Titolo 28, dello *United States Code*. Lo scopo dell'agenzia è quello di dare, per quanto possibile, uniformità nella fase di applicazione della pena. Pertanto, se un giudice esorbita dalla forbice calcolata in conformità alle linee guida, deve darne giustificazione, anche in ragione della necessità che la deroga sia "ragionevole".

La *Commission* ha pubblicato una tabella, nel capitolo 5, la quale, specificando i livelli di pena ed associandoli all'entità della reclusione o della sanzione pecuniaria, dovrebbe contribuire a dare certezza. Sempre in quest'ottica, si è stabilito che il massimo di qualsiasi forbice edittale non possa eccedere il numero maggiore tra l'aumento del 25% rispetto al minimo ed i 6 mesi supplementari rispetto al minimo. Entro questi (invero piuttosto ristretti) limiti si esercita la discrezionalità del giudice, ai termini del 28 U.S.C § 994(b)(2)¹⁴².

¹⁴⁰ 8 C.F.R. §1003.1(d)(3), (f), (g). V. anche www.usdoj.gov/eoir.

¹⁴¹ L'ultima versione di esse risale al novembre 2008.

¹⁴² USSG capitolo 1, Part A(1).

In effetti, l'opera di commisurazione della pena prende avvio da un calcolo matematico che, per un qualunque reato, avviene sulla scorta dei criteri e dei parametri offerti dalle linee guida: si individua il reato commesso (capitolo 1 (USSG §1B1.1)), si identifica il livello base, su cui si innesta ogni caratteristica specifica del fatto-reato (capitolo 2 (USSG §2)); al valore calcolato in astratto si applicano, poi, le modifiche imposta dal capitolo 3 (USSG §3); il capitolo 4 (USSG §4) richiede la valutazione dei precedenti atti criminosi del condannato; è in tal modo che si giunge al *range* entro cui la pena può muoversi (capitolo 5 (USSG §5)), fatta comunque salva la possibilità di introdurre alcune deroghe, contemplate dalle *subsections* H e K dello stesso capitolo 5.

È, dunque, direttamente all'interno delle linee guida che è dato rintracciare quegli elementi che più direttamente richiamano, nel diritto penale europeo continentale, la nozione di circostanze. Tali, solo per fare un esempio, sono quelli cui il §3B1.2 USSG attribuisce un *Mitigating Role*, segnatamente per quanto attiene alla pluralità di persone alle quali un determinato reato sia imputabile. Le linee guida, in proposito, stabiliscono alcune diminuzioni di pena in relazione al ruolo svolto nel concorso personale: una diminuzione di 4 livelli della scala *standard* per il soggetto che ha avuto un ruolo assolutamente marginale (il c.d. *minimal participant*); una diminuzione di 2 livelli per una partecipazione comunque secondaria (quella del *minor participant*); una diminuzione di 3 livelli per i casi intermedi tra i primi due.

3.1. Il reato di immigrazione irregolare nella vita anteatta: la sua incidenza sulla determinazione della pena per altro reato

La configurazione dell'immigrazione irregolare come reato può, almeno in astratto, influire sulle vicende dell'autore anche dopo l'avvenuta condanna. Ipotizzando il caso di uno straniero che, allontanato dagli Stati Uniti in quanto immigrato irregolare, faccia di nuovo ingresso nel territorio, la precedente condanna può avere influenza qualora il soggetto commetta, dopo il reingresso, un nuovo reato. Da precisare preliminarmente è che, ai presenti fini, si postula un reingresso regolare, giacché il caso opposto è espressamente contemplato, come si è visto, da una previsione legislativa, alla luce della quale sono specificate le sanzioni penali per tale condotta (v. *supra*, par. 1.2.).

Sul piano operativo, nel configurare l'esistenza di aggravanti in relazione a precedenti condanne, e nel puntualizzare i termini del calcolo della pena, non pare che i reati di immigrazione irregolare possano costituire eccezioni alle regole generali.

Peraltro, si impone la delimitazione sulla scorta della quale i reati di immigrazione irregolare rilevano, come elementi della vita anteatta, se – e soltanto se – abbiano dato luogo ad una condanna in sede penale. Questa precisazione assume una particolare importanza se si tiene conto della prassi secondo cui il primo ingresso irregolare, di solito, non entra nel circuito giudiziario, ma provoca soltanto l'attivazione di un procedimento amministrativo di allontanamento, procedimento che, ovviamente, non può far capo ad un atto equivalente alla statuizione di un giudice penale. Proprio questa differenza fa sì che un allontanamento nella vita anteatta non possa assumere, nella commisurazione della pena, un ruolo analogo ad una condanna.

In definitiva, dunque, a pesare come reati commessi nel passato saranno soltanto quelli la cui gravità sia stata tale da condurre all'esercizio dell'azione penale (sul punto, si rinvia a quanto illustrato *supra*, par. 1.1., *sub* (c)).

Per altro verso, ed in una prospettiva più generale (perché coinvolgente tanto gli stranieri regolari quanto gli irregolari), non può non ricordarsi l'espresso divieto di discriminazioni fondate (tra l'altro)

sulla sussistenza o meno dello *status civitatis*. Le linee guida, con riferimento all'incidenza sulla commisurazione della pena delle caratteristiche specifiche del reo, dimostrano come tale fattore sia escluso da quelli che debbono essere presi in considerazione.

Nella sentenza sul caso *United States v. Onwuemene*, una corte federale distrettuale di prima istanza aveva motivato l'entità della pena facendo riferimento, tra l'altro, all'essere il condannato un non-cittadino; la corte d'appello ha annullato la decisione, dichiarando che la corte inferiore non poteva prendere in considerazione lo *status* di non cittadino¹⁴³. Analoghe dinamiche sono state riscontrate a livello di giurisdizioni statali¹⁴⁴.

United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, 2008, capitolo 5, Parte H.

Caratteristiche specifiche del criminale

Commento introduttivo

Le seguenti affermazioni di politica del diritto hanno ad oggetto la rilevanza di determinate caratteristiche del criminale al fine di determinare se una condanna possa esorbitare dal *range* applicabile in base alle linee guida e, in certi casi, al fine di determinare una condanna all'interno di questo *range*. In base a 28 U.S.C. § 994(d), la *Commission* deve considerare se caratteristiche specifiche del criminale “abbiano una qualunque rilevanza sulla natura, l'entità, il luogo o altri fattori di una condanna appropriata” e deve tenerne conto solo nella misura in cui la Commissione stessa ritenga che siano rilevanti.

La Commissione ha stabilito che determinate circostanze non sono normalmente rilevanti per determinare se una condanna possa essere al di fuori del *range* applicabile in base alle linee guida. A meno che non sia espressamente dichiarato, ciò non significa che la Commissione giudica tali circostanze come necessariamente inadatte alla determinazione della condanna all'interno del *range* applicabile in base alle linee guida o alla determinazione di vari altri fattori di una condanna appropriata [...]. Inoltre, sebbene queste circostanze non siano normalmente rilevanti per la determinazione in ordine al se la condanna possa essere al di fuori del *range* applicabile in base alle linee guida, esse possono essere rilevanti per questa determinazione in casi eccezionali. Possono anche essere rilevanti se una combinazione di queste circostanze rende il caso un caso eccezionale, ma solo se ciascuna di queste circostanze è identificata come una base per la deroga ed è presente, nel caso, in una misura consistente. [...]

Inoltre, 28 U.S.C. § 994(e) richiede che la Commissione garantisca che le sue linee guida e le sue affermazioni di politica del diritto riflettano la generale opinione circa la carenza di rilevanza delle considerazioni inerenti all'istruzione dell'imputato, alle sue capacità professionali, al suo *curriculum* lavorativo ed ai suoi legami ed alle sue responsabilità familiari al fine di determinare se un periodo di detenzione possa essere imposto o la lunghezza del periodo di detenzione.

Indice della Parte H

§5H1.1. Età

§5H1.2. Istruzione e capacità professionali

§5H1.3. Condizioni psichiche ed emotive

§5H1.4. Condizioni fisiche (ivi incluse la dipendenza da o l'abuso di droghe o alcol; gioco d'azzardo)

§5H1.5. *Curriculum* lavorativo

§5H1.6. Legami e responsabilità familiari

¹⁴³ Federal Sentencing Reporter, *Non-Citizen Offenders and Immigration Crimes: New Challenges in the Federal System*, Vol 14, No.5, March/April 2002.

¹⁴⁴ V., ad esempio, *People v. Gjidoda*, 364 N.W.2d 698 (Mich. 1985).

<p>§5H1.7. Ruolo nella condotta integrante il reato</p> <p>§5H1.8. Storia criminale</p> <p>§5H1.9. Dipendenza da attività criminali per la sopravvivenza</p> <p>§5H1.10. Razza, sesso, origine nazionale, fede, religione, condizioni socio-economiche</p> <p>§5H1.11. Servizio militare, civico, caritatevole o pubblico; contributi connessi con il lavoro svolto; <i>curriculum</i> di precedenti buoni lavori</p> <p>§5H1.12. Assenza di una guida da giovane e circostanze simili</p>
--

3.2. La situazione concreta dell'immigrato irregolare: la (mancata) incidenza di essa ai fini della configurabilità di cause di giustificazione o di attenuanti

Assumendo che l'immigrato irregolare viva in condizioni di particolare disagio socio-economico, potrebbe porsi la questione se tale situazione possa essere alla base di una attenuazione del disvalore sociale di una sua condotta criminale.

Sul tema, pare tuttavia di poter escludere *in limine* ogni rilevanza di questi aspetti, alla luce di quanto si è già avuto modo di ricordare nel paragrafo precedente. In effetti, le linee guida sulla commisurazione della pena espressamente ribadiscono (§5H1.10. USSG) il precetto legislativo (28 U.S.C. § 994(e)) che impone di escludere, nello stabilire il tipo e l'entità della condanna, ogni valutazione circa le condizioni socio-economiche del reo (va peraltro sottolineato che questa esclusione opera sia *in bonam* che *in malam partem*, e quindi non può, ad esempio, presumersi una maggiore pericolosità sociale in relazione al contesto disagiato in cui il soggetto viva).

Con precipuo riferimento agli immigrati, questo approccio ha trovato ulteriori conferme in una legislazione che, dopo l'attentato dell'11 settembre 2001, si è ispirata allo *zero tolerance approach*, una politica del diritto connotata da misure marcatamente limitative dell'immigrazione e fortemente repressive nei confronti dell'immigrazione irregolare¹⁴⁵. La tradizionale indifferenza del giudice penale nei confronti delle situazioni fattuali in cui versano gli imputati si è così associata ad una generale preminenza, nel bilanciamento dei valori, delle esigenze di sicurezza collettiva rispetto alle ragioni dell'accoglienza¹⁴⁶.

Ponendosi in questa logica, diviene difficile finanche pensare alla configurazione di cause di giustificazione discendenti da particolari situazioni di disagio. Esclusa l'invocabilità di queste in funzione attenuante, si esclude, *a fortiori*, la loro invocabilità alla stregua di scriminanti. In proposito, dunque, può operarsi un rinvio a quanto rilevato in altro contributo con riguardo alla *necessity* e alla *duress* nel diritto inglese¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Miller, T., "Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th" Third World LJ, 2005, *online* at: http://www.bc.edu/schools/law/lawreviews/meta-elements/journals/bctwj/25_1/04_FMS.htm.

¹⁴⁶ Non a caso, del resto, per assicurare una reazione che fosse la più efficace possibile nei confronti dell'immigrazione irregolare, il governo federale ha addirittura trasferito agli Stati parte delle competenze in materia di immigrazione solitamente esercitate dal centro.

¹⁴⁷ V. *supra*, P. Passaglia, *Regno Unito*, spec. par. 3.4.