



IL 'REATO DI CLANDESTINITÀ' (ART. 10 BIS T.U. IMM.) E LA 'DIRETTIVA RIMPATRI'*

di Gian Luigi Gatta

1. Chi si interroghi sulla compatibilità con il diritto dell'UE del c.d. reato di clandestinità (art. 10 *bis* t.u. imm.)¹ deve prendere le mosse da *alcuni fondamentali principi* affermati dalla Corte di Giustizia nella [sentenza El Dridi del 28 aprile 2011](#), che come è noto ha riconosciuto il contrasto tra la '[Direttiva rimpatri](#)' (2008/115/CE) e il delitto di cui all'art. 14, co. *ter* t.u. imm. (inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento), nella versione antecedente al d.l. n. 89/2011.

Si tratta di **principi di carattere generale**, che indicano all'interprete a quali condizioni deve considerarsi incompatibile con il diritto dell'Unione (e segnatamente con la 'Direttiva rimpatri') il *ricorso al diritto penale*, da parte del legislatore nazionale, per sanzionare **condotte** poste in essere :

a) da **cittadini extracomunitari** il cui soggiorno in uno Stato membro è irregolare;

b) **in relazione a e nel corso di un procedimento di rimpatrio/allontanamento.**

2. Il **principio-guida** è espresso nel **n. 55** della sentenza El Dridi. E' un principio da tempo consolidato (prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), relativo all'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale degli Stati membri: questi non possono adottare una disciplina, anche penalistica, "tale da **compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva** e da privare così quest'ultima del suo **effetto utile**". In caso contrario – val la pena ricordarlo – l'eventuale norma dello Stato membro, che vanifichi l'effetto utile di una direttiva che, come nel caso di specie, è dotata di effetto diretto – deve essere *disapplicata* da parte del giudice.

3. Orbene, gli **obiettivi** perseguiti dalla Direttiva rimpatri sono essenzialmente due (cfr. il secondo considerando e l'art. 1):

a) l'**efficacia** – il 'buon esito' – **delle procedure di rimpatrio;**

* Testo, corredato da note, della relazione presentata al Corso di perfezionamento post-laurea su "*Direttive dell'Unione Europea e ordinamento italiano. Attuazione ed effetti della direttiva rimpatri*" – Firenze, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, 27 gennaio 2012.

¹ Sul quale sia consentito rinviare a GATTA, *Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 1323 s.

b) la **tutela dei diritti fondamentali dello straniero** – compresa naturalmente la *libertà personale* – nell’ambito delle procedure di rimpatrio.

Nella sentenza El Dridi la Corte di Giustizia ha affermato che entrambi gli obiettivi sono pregiudicati allorché il legislatore commini una **pena detentiva** per l’inosservanza, da parte dello straniero, di una fase della procedura di rimpatrio.

3.1. Sotto il primo profilo – **efficacia della procedura di rimpatrio** – la Corte, avendo nel mirino l’art. 14 t.u. imm., che nella versione precedente al d.l. n. 89/2011 comminava la pena della reclusione, dice in sostanza al legislatore nazionale (nn. 58 e 59): se lo straniero espulso non osserva l’ordine di allontanamento, devi continuare ad adoperarti per dare esecuzione a quell’ordine, e non già infliggere una pena detentiva che, comportando per sua natura la permanenza dello straniero nel territorio nazionale, giocoforza **ritarda l’esecuzione dell’ordine** medesimo (della “procedura di rimpatrio”). Devi ricorrere in ultima istanza, nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali, alle misure coercitive di cui all’art. 8, n. 4 della Direttiva e, in particolare, all’accompagnamento coattivo alla frontiera. E solo se anche tali misure non avranno consentito di raggiungere il risultato perseguito (n. 52) sarai allora libero di adottare misure *penali* atte a dissuadere gli stranieri irregolari dal soggiornare illegalmente nel territorio dello Stato.

Con El Dridi la Corte di Giustizia EU ci dice che la pena detentiva, inflitta *durante la procedura di espulsione* (“rimpatrio”), **non è funzionale** alla produzione dell’effetto utile della Direttiva 115 del 2008. E’ un fondamentale punto fermo fissato dall’importante pronuncia, pesante come un macigno a tal punto da costringere il legislatore italiano, nell’estate del 2011 (d.l. n. 89), a riformare l’ormai disapplicato (e defunto) art. 14, co. 5 *ter* t.u. imm. prevedendo per esso la pena della multa in luogo della reclusione.

3.2. Sotto il secondo profilo – **rispetto dei diritti fondamentali dello straniero** – la sentenza El Dridi (n. 33) afferma un altro fondamentale principio: la Direttiva rimpatri “non permette agli Stati membri di applicare **norme più severe** nell’ambito che essa disciplina”. Orbene, la Direttiva – che “si applica ai cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare” (art. 1) – consente quale *unica* forma di privazione della libertà personale dello straniero sottoposto a procedura di rimpatrio il suo “trattenimento” in appositi centri di permanenza temporanea, finalizzato esclusivamente a “preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento” (cfr. il considerando n. 16). Si tratta di una misura estrema, adottabile (per non più di 18 mesi) a condizione che sussista un pericolo di fuga ovvero che lo straniero eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento (art. 15), corredata da opportune garanzie e della quale la Direttiva sottolinea espressamente la *diversità* – non solo funzionale, ma effettiva – rispetto alla detenzione in carcere. Prevede infatti (art. 1, n. 1) che qualora lo Stato membro non possa sistemare lo straniero in un apposito

centro di permanenza temporanea, e debba rinchiuderlo in un istituto penitenziario, debba comunque tenerlo separato dai detenuti ordinari.

Orbene, posto che il “**trattenimento**” disciplinato dagli artt. 15 e 16 è (n. 42) “**la misura più restrittiva della libertà** che la direttiva consente nell’ambito di una procedura di allontanamento coattivo”, e che, come premesso, gli Stati membri non possono introdurre una disciplina più severa di quella prevista dalla Direttiva, deve necessariamente concludersi nel senso che le pene della reclusione e dell’arresto, comportando un sacrificio della libertà personale dello straniero indubbiamente *deteriore* rispetto al trattenimento nei centri di permanenza temporanea, sono disfunzionali all’“effetto utile”-tutela dei diritti fondamentali, perseguito dalla Direttiva rimpatri.

4. I principi affermati dalla sentenza El Dridi hanno d’altra parte trovato conferma nella [sentenza Achughbavian](#), dello scorso 6 dicembre, che è d’indubbio interesse per il giurista italiano che s’interroghi sulla ‘legittimità comunitaria’ del reato previsto dall’art. 10 *bis* t.u. imm.

Con la sentenza Achughbavian, infatti, la Corte di Giustizia UE è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la Direttiva rimpatri del ‘reato di clandestinità’ previsto dall’ordinamento francese e, in particolare, dall’art. 621.1 del Codice francese dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d’asilo (Ceseda), che punisce con le pene congiunte della *reclusione* (di un anno) e dell’ammenda (di 3.750 euro) lo straniero che sia entrato o abbia soggiornato in Francia in assenza dei documenti o dei visti richiesti, o che, se maggiorenne, vi si sia trattenuto per un periodo superiore a tre mesi senza munirsi del permesso di soggiorno².

4.1. Al pari del nostro art. 10 *bis* t.u. imm., l’art. 621.1. Ceseda configura come reato il soggiorno irregolare dello straniero extracomunitario nel territorio di uno Stato membro, che rappresenta *il presupposto fattuale e giuridico della procedura di rimpatri* oggetto della Direttiva 115 del 2008. Simili incriminazioni interferiscono senz’altro con **l’ambito di applicazione della Direttiva**, la cui applicazione non può d’altra parte essere esclusa invocando l’art. 2, lett. b), a norma del quale gli Stati membri possono decidere di non applicare la Direttiva ai cittadini di Paesi terzi “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale”. Questa disposizione – si legge infatti nella sentenza Achughbavian – “non può manifestamente essere interpretata, salvo privare la direttiva della sua *ratio* e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possono omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva in parola ai cittadini di paesi terzi che abbiano

² Cfr., a riguardo, M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione in Francia: cui prodest?*, in [questa Rivista](#); L. D’AMBROSIO, *Se una notte d’inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare ‘conforme’ e ‘non conforme’ alla direttiva rimpatri*, in [questa Rivista](#).

commesso *solo* l'infrazione del soggiorno irregolare". Breve: qualificare la 'clandestinità' come reato non consente di eludere la Direttiva rimpatri. Era invece proprio questo, nel 2009, l'intento espressamente perseguito dal Governo italiano allorché introduceva il reato di cui all'art. 10 *bis* t.u. imm., con previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva³. Opportunamente e in modo inequivoco (più sibillina, sul punto, la sentenza El Dridi), la Corte di Giustizia, con la sentenza Achughbadian, mette dunque a nudo l'infondatezza della tesi del Governo italiano, dando invece ragione a chi, in dottrina (tra gli altri, FAVILLI⁴), ben presto e in modo persuasivo aveva osservato come, in realtà, la facoltà che la direttiva concede agli Stati membri di non adeguarsi alle sue disposizioni (art. 2) deve interpretarsi - onde non privare quelle disposizioni di ogni effetto e vanificare l'obbligo di leale cooperazione e di adeguamento al diritto comunitario - nel senso che al legislatore interno è consentito non applicare le disposizioni della direttiva solo nei casi in cui l'espulsione è "conseguenza di fattispecie penali *diverse* dall'ingresso o dal soggiorno irregolare" (si pensi, ad es., all'espulsione ordinata ai sensi dell'art. 86 d.P.R. n. 309/1990 come misura di sicurezza nei confronti dello straniero autore di un reato in materia di stupefacenti).

4.2. Ribadendo in modo più netto quel che aveva già affermato con la sentenza El Dridi, la Corte di Giustizia, nel recente arresto relativo al 'caso francese', sottolinea in particolare come la Direttiva rimpatri non si prefigge di "armonizzare *integralmente* le norme nazionali sul soggiorno degli stranieri", ma verte unicamente sul rimpatrio dello straniero irregolare. Tale Direttiva, pertanto, "*non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno*". **Il legislatore dello Stato membro, dunque, è libero di configurare la 'clandestinità' come reato, nel limite in cui tale qualifica – cioè il ricorso al diritto penale – non pregiudichi l'obiettivo di un rimpatrio efficace e rispettoso dei diritti fondamentali della persona – cioè l'“effetto utile” della Direttiva 115 del 2008.**

E' questo il caso, secondo la sentenza Achughbadian, del reato di 'clandestinità' previsto dall'ordinamento francese, che comporta l'instaurazione di un procedimento penale e può condurre alla reclusione *nel corso* del procedimento di rimpatrio disciplinato dalla Direttiva, ritardandolo e pregiudicandone dunque l'efficacia, per ragioni analoghe a quelle illustrate dalla sentenza El Dridi con riferimento al nostro art. 14, co. 5 *ter* t.u. imm., nella versione precedente al d.l. n. 89/2011.

³ Il riferimento è all'intervento dell'allora Ministro dell'Interno Maroni nel corso dell'audizione del 15 ottobre 2008 davanti al Comitato parlamentare sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. L'intervento, nella parte qui rilevante, è ad esempio riportato in GATTA, *Il 'reato di clandestinità'*, cit., p. 1332.

⁴ FAVILLI, *La Direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it (p. 6 del dattiloscritto).

4.3. L'avvio del procedimento di rimpatrio, con l'atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno e imponga o attesti l'obbligo del rimpatrio (cfr. art. 3, n. 4), segna dunque il *fondamentale limite temporale* oltre il quale l'intervento del diritto penale, per sanzionare il soggiorno irregolare nello Stato membro, è disfunzionale rispetto agli obiettivi della Direttiva ed è dunque contrario alla stessa.

La sentenza Achughbabian trae da questo principio due corollari:

a) da un lato ribadisce quel che già la sentenza El Dridi aveva puntualizzato, e cioè che il legislatore nazionale può ricorrere al diritto penale – anche alla pena detentiva – quando le misure coercitive previste dalla direttiva (allontanamento coattivo) non sono andate a buon fine; una volta, cioè, che può considerarsi **esaurita** – in quanto *fallita* – la procedura di rimpatrio;

b) dall'altro lato, sottolinea come uno spazio legittimo per il diritto penale – e in particolare per forme di *detenzione* – deve essere riconosciuto ed è compatibile con la Direttiva 115 del 2008 **prima** che inizi la procedura di rimpatrio e, in particolare, nella fase preliminare di quella procedura, che può contemplare l'arresto o il fermo dello straniero, allo scopo di identificarlo e di evitarne la fuga (nel caso francese oggetto della questione pregiudiziale rimessa alla Corte si tratta della *garde à vue* prevista dal codice di procedura penale francese, applicabile allo straniero irregolare proprio sul presupposto che questi è sospettato di aver commesso e di continuare a commettere il reato di cui all'art. 621-1 del Ceseda). La Corte fa leva su due argomenti:

- da un lato richiama il 17° **considerando** della Direttiva, che indica come regola l'esecuzione del trattenimento negli appositi centri di permanenza temporanea, ma fa al contempo **“salvo l'arresto iniziale** da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale”;

- dall'altro lato, sottolinea come quell'“arresto iniziale”, evitando il pericolo di fuga, è **funzionale** al perseguimento dell'obiettivo di un efficace rimpatrio.

5. Vengo ora al problema centrale **oggetto della mia relazione**: se il nostro 'reato di clandestinità' – la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, di cui all'art. 10 *bis* t.u. imm. – sia o meno compatibile con la Direttiva rimpatri.

Non si tratta di un esercizio meramente teorico: da un lato, non mancano decisioni di giudici di merito che, sul presupposto di una difformità dalla Direttiva, hanno **disapplicato** la norma incriminatrice (v. ad es. [G.d.P. Roma, 16.6.2011](#) e [G.d.P. di Torino, 22.2.2011](#)); dall'altro lato, soprattutto, è **atteso un pronunciamento della Corte di Giustizia**, cui è stata rimessa una questione pregiudiziale dal [Tribunale di Rovigo \(sez. dist. di Adria\)](#), con un'articolata ordinanza del 15.7.2011 (**caso Sagor**. Altre ordinanze di rimessione sono state inoltre pronunciate dai giudici di pace di [Mestre](#) e di [Lecce](#)).

5.1. La Corte di Giustizia, nel caso Sagor, si troverà al cospetto di una disposizione penale che presenta una fondamentale **differenza** tanto con il previgente art. 14, co. 5 *ter* t.u. imm, oggetto della sentenza El Dridi, quanto con il reato di ‘clandestinità’ francese, oggetto della sentenza Achughbadian. L’art. 10 *bis* t.u. imm., infatti, commina la **sola pena pecuniaria** (ammenda da 5.000 a 10.000 euro), **sostituibile con l’espulsione** dello straniero, a norma dell’art. 16 t.u. imm., a condizione che non ricorrano le cause ostative di cui all’art. 14, co. 1 t.u. imm. (che sia cioè possibile eseguire immediatamente l’espulsione con accompagnamento alla frontiera). Il procedimento penale è di competenza del giudice di pace, che segue un rito accelerato rispetto a quello ordinario (artt. 20 *bis* e 20 *ter* d.lgs. n. 274/2000). Non è prevista la possibilità di procedere al fermo o all’arresto.

5.2. Nel caso del nostro reato di ‘clandestinità’, introdotto con il ‘Pacchetto sicurezza del 2009’, manca dunque la comminatoria di una pena detentiva, irrogabile nel corso del procedimento di rimpatrio, capace di frustrare l’effetto utile della Direttiva 115/2008. Nondimeno, esistono – e sono stati sottolineati in dottrina e in giurisprudenza – **argomenti per mettere in dubbio la compatibilità con la ‘Direttiva rimpatri’** di tale disposizione, dall’evidente portata simbolica⁵, più che effettiva (anche se non si dispone di dati ufficiali, i procedimenti per il reato di cui all’art. 10 *bis* t.u. imm., nonostante si tratti di reato procedibile d’ufficio e viga nel nostro ordinamento il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, sembrano essere di gran lunga inferiori rispetto al numero dei procedimenti amministrativi di espulsione).

Premesso che, per le ragioni di cui si è detto, non è invocabile la deroga di cui all’art. 2 della Direttiva, **due** sono i principali argomenti, sui quali ha fatto leva l’ordinanza del giudice di Rovigo-Adria, che ha rimesso la questione alla Corte del Lussemburgo.

a) Un **primo argomento** fa leva sulla circostanza che è sì vero che la legge commina per il reato di ‘clandestinità’ la pena pecuniaria, e non la pena detentiva, ma è altresì vero che **la pena pecuniaria è sostituibile con la permanenza domiciliare** (fino a 45 giorni), ai sensi degli artt. 53 e 55, co. 5 d.lgs. n. 274/2000, in caso di *insolvibilità del condannato* (più che verosimile in considerazione dell’ammontare dell’ammenda comminata – da 5.000 a 10.000 euro – che normalmente va ben oltre le disponibilità economiche degli stranieri irregolari). Dunque, la pena pecuniaria può essere sostituita con **una pena limitativa della libertà personale** (da eseguirsi presso l’abitazione o “in altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza”)⁶.

⁵ Si consentito rinviare a GATTA, *Il ‘reato di clandestinità’*, cit., p. 1330 s.

⁶ Ai sensi dell’art. 55 d.lgs. n. 274/2000, *se vi è richiesta del condannato* la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità si converte in **lavoro sostitutivo**. Senonché tale ipotesi, in relazione allo straniero irregolare, sembra da escludere, come ha sottolineato lo stesso giudice di Rovigo-Adria: l’art. 54 stabilisce infatti che il

Nell'eventualità – invero più teorica che reale⁷ – in cui la sostituzione della pena pecuniaria ineseguita intervenga *nel corso* del procedimento di rimpatrio, può sostenersi – è la tesi del Tribunale di Rovigo – che la pena limitativa della libertà personale contrasta con l'obiettivo di un efficace rimpatrio. In tal senso si potrebbe invocare il principio generale secondo cui una sanzione penale, quale la permanenza domiciliare, va eseguita per intero *prima* dell'espulsione: l'espulsione non può essere eseguita *durante* l'esecuzione della permanenza domiciliare poiché la legge non lo prevede. Di qui il possibile ritardo nell'esecuzione del rimpatrio dello straniero. Considerando che la permanenza domiciliare, di regola, viene eseguita nei giorni di sabato e domenica (cfr. art. 53 d.lgs. n. 274/2000), per un periodo massimo di 45 giorni, è infatti possibile, almeno sulla carta, che lo straniero si trovi sottoposto a questa pena per 22/23 settimane, cioè per 5 mesi.

D'altra parte – questa volta nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali nel corso della procedura di rimpatrio: l'altro obiettivo perseguito dalla Direttiva¹⁵ del 2008 – va sottolineato come se è vero che la permanenza domiciliare è misura indubbiamente meno afflittiva della detenzione in carcere, come anche dello stesso trattenimento in un C.I.E., è anche vero che, per come è disciplinata, può risultare *sproporzionata*, in quanto irrogabile in modo automatico nella misura di 45 giorni, senza alcuna distinzione tra caso e caso.

b) Un secondo argomento sottolinea come, nell'ipotesi in cui il giudice, ai sensi degli artt. 16 t.u. imm e 62 *bis* d.lgs. n. 274/2000, sostituisca la pena dell'ammenda con l'espulsione, nell'esercizio di un potere che la Cassazione ritiene discrezionale⁸, l'espulsione viene eseguita (cfr. art. 13, co. 4, lett. f) con una procedura di accompagnamento coatto (accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica), certamente difforme da quella prescritta dalla Direttiva (che, *in primis*, prevede un congruo termine per la partenza volontaria). L'art. 13, co. 4 lett. f) t.u. imm., nel prevedere tra i casi di espulsione coatta quella disposta ai sensi dell'art. 16 t.u. imm., quale sanzione sostitutiva per il reato di cui all'art. 10 *bis* t.u. imm., richiama espressamente⁹ la già considerata ipotesi dell'art. 2, co. 2 lett. b) della 'Direttiva rimpatri', che consente agli Stati di non applicare la Direttiva agli stranieri "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale". Senonché, come ho già ricordato (*supra*, 4.1), con la sentenza Achughbabian la Corte di

lavoro deve essere svolto nella provincia in cui risiede il condannato; e lo straniero irregolare, per definizione, non è residente nel territorio italiano.

⁷ E' noto, nel nostro ordinamento, il grave stato di ineffettività della pena pecuniaria, che di regola "non viene mai eseguita né convertita" (così DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol II, p. 1099). Nel 2004, ad esempio (dati ISTAT), i casi in cui si è approdati alla conversione rappresentano solo il 2,4% del totale delle condanne a pena pecuniaria. Cfr. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, p. 131.

⁸ Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 2011, n. 13408, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di GILIBERTO.

⁹ "L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica...nelle ipotesi di cui agli articoli 15 e 16 e *nelle altre ipotesi* in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale".

Giustizia ha chiarito che la citata disposizione della Direttiva “non può manifestamente essere interpretata, salvo privare la direttiva della sua *ratio* e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possono omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva in parola ai cittadini di paesi terzi che abbiano commesso *solo* l’infrazione del soggiorno irregolare”. Di qui, se non vedo male, l’incompatibilità dell’art. 13, co. 4, lett. f) con la Direttiva rimpatri.

7. Una precisazione, infine, a mo’ di **osservazione conclusiva**: se la Corte di Giustizia dovesse ritenere sussistente l’incompatibilità con la ‘Direttiva rimpatri’, per le ragioni illustrate nel caso Sagor dal giudice di Rovigo-Adria, il giudice nazionale dovrebbe **disapplicare** non già l’art. 10 *bis* t.u. imm., ma **le sole disposizioni che prevedono la sostituzione della pena pecuniaria con la permanenza domiciliare, ovvero con l’espulsione**. La pronuncia della Corte di Giustizia, quanto meno agli occhi del giurista italiano, non sarebbe pertanto dirompente come nel caso El Dridi, rispetto all’art. 14, co. 5 *ter* t.u. imm.: non sancirebbe *tout court* l’incompatibilità con il diritto dell’UE del ‘reato di clandestinità’, così *come previsto e punito* dall’art. 10 *bis* t.u. imm.

Per pervenire a un simile risultato vi è chi, in dottrina (L. D’AMBROSIO)¹⁰, valorizzando un passaggio della sentenza Achughbabian (n. 45) – e pur riconoscendo l’“ambiguità della sintassi utilizzata” – ha sostenuto che quella sentenza ascriverebbe “l’effetto ostativo all’efficace realizzazione delle finalità della direttiva alla previsione non solo di una pena detentiva applicabile nel corso della procedura comune di rimpatrio ma al **procedimento penale** che *l’applicazione di qualsiasi pena necessariamente presuppone*”. In sostanza, secondo questa tesi, sarebbe “il ricorso all’opzione penale *tout court* che pregiudica l’effetto utile della direttiva”. Configurare la ‘clandestinità’ come reato comporta, nel momento in cui viene accertato il relativo *status*, l’avvio di due distinti procedimenti, l’uno penale, volto a sanzionare l’ingresso o il soggiorno irregolare con una pena, e l’altro amministrativo, volto all’espulsione dello straniero. E l’avvio del procedimento penale – questa la tesi – sarebbe disfunzionale rispetto all’obiettivo di un tempestivo ed efficace rimpatrio, perché giocoforza ne ritarderebbe l’esecuzione. Senonché, qualora questa tesi venisse sostenuta davanti alla Corte di Giustizia, il Governo italiano potrebbe replicare che l’art. 10 *bis* t.u. imm. prevede, da una parte (co. 4), che ai fini dell’espulsione dello straniero denunciato per il reato di ‘clandestinità’ non è richiesto il rilascio del **nulla osta** da parte dell’autorità giudiziaria e, dall’altra parte (co. 5), che il giudice che procede per il reato medesimo, acquisita la notizia dell’esecuzione dell’espulsione, pronuncia **sentenza di non luogo a procedere**. Non mi pare, pertanto, che vi sia spazio per sostenere che il procedimento penale per il reato di ‘clandestinità’ *ritardi* la procedura di rimpatrio dello straniero irregolare, vanificando così l’effetto utile della Direttiva 115 del 2008.

¹⁰ L. D’AMBROSIO, *Se una notte d’inverno un sans papiers. La Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla ‘Direttiva rimpatri’*, in [questa Rivista](#), § 4 del dattiloscritto.

