

**Con il “discriminante” (dell’aggravante di clandestinità)  
l’“equazione” (di costituzionalità) risulta impossibile.  
Un dispositivo retto da una motivazione quasi “matematica”**

di Fioravante Rinaldi \*

1. *La fattispecie penalistica della c.d. “aggravante di clandestinità” nel dibattito costituzionalistico.*

L’introduzione dell’aggravante di clandestinità e, *incidenter tantum* nei limiti dell’interesse alla nostra analisi (v. *infra* § 3, nt. 14), del successivo reato di immigrazione clandestina, quali specifici interventi di carattere penalistico, ha comportato fin da subito la necessità di una riflessione di carattere squisitamente costituzionalistico che ha trovato terreno fecondo nel deferimento alla Corte costituzionale di numerose ordinanze di sollevamento della *quaestio legitimatis* da parte di diversi giudici *a quibus*<sup>1</sup>.

Dal punto di vista della politica del diritto, varie circostanze hanno portato il legislatore a percorrere la strada di un intervento normativo di carattere penalistico, creando delle fattispecie *ad hoc*. Fra esse però, probabilmente, ha prevalso il fatto di non ritenere sufficiente da un parte il percorso amministrativo contenuto nel d. lgs. 286/1998 (nonostante le modifiche introdotte con la legge Bossi-Fini del 2002<sup>2</sup>) e, dall’altra,

---

Nota sottoposta a *referee*.

<sup>1</sup> Sul punto si possono vedere le ord. iscritte ai nn. 308, 324 e 411 del registro ordinanze 2008, rispettivamente dei Tribunali di Ferrara, Latina e Livorno, relativamente all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p. («l’aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale»: c.d. *aggravante di immigrazione clandestina*), introdotto dall’art. 1, lett. *f*), d.l. 92/2008 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, c.d. *Decreto sicurezza*, così come conv. in l. 125/2008). Tali questioni furono – com’è noto – dichiarate poi, prevalentemente alla luce dello *ius superveniens*, manifestamente inammissibili (cfr. Corte cost., ord. 277/2009, in *Foro it.*, 2009, I, p. 3253). Ma nello stesso senso sono anche le ord. n. 80, 103, 133, 134, 251 del 2009 da parte del Tribunale di Livorno, Tribunale ordinario di Agrigento, Tribunale ordinario di Trieste (con due ordinanze) e, ancora, del Tribunale ordinario di Agrigento, culminate – come *supra* – nell’ord. 66/2010 della Corte costituzionale. Nonché, inoltre, le ord. 16 e 121 del reg. ord. 2010 del Tribunale di Livorno e del Tribunale di Ferrara, conclusesi con l’annullamento dell’aggravante nella sent. 249/2010 qui commentata. Vanno aggiunte, poi, le numerose ord. del registro ordinanze 2009 e 2010, relativamente all’art. 10 *bis* del d. lgs. 286/1998 (c.d. *reato di immigrazione clandestina*), come introdotto dall’art. 1, c. 16, lett. *a*), l. 94/2009. Tali ultime ordinanze sono state scrutinate dalla Corte in diversi momenti nel corso del 2010 e del 2011 (cfr. sent. 250/2010, che ha “mandato assolto” il reato di clandestinità, e le ord. 318, 320, 321, 329, 343; nonché la sent. 359 del 2010 sullo straniero che permane nel territorio dello Stato nonostante un provvedimento di espulsione e un ordine di allontanamento; v. inoltre, più recentemente, ord. 3, 6 e 32 del 2011).

<sup>2</sup> Fin da subito sono emerse due incoerenze nel percorso intrapreso dal legislatore, particolarmente evidenti nello studio della fattispecie qui analizzata alla luce del sindacato di ragionevolezza (cfr. per una ricostruzione della normativa in tema di immigrazione emanata che ne sottolinea gli aspetti di criticità: M. MALENA, *L’incoerenza delle sanzioni penali per la permanenza illegale dello straniero: il monito della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); nonché: M. GAMBARDILLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 83 ss.; e, per una valutazione degli aspetti relativi all’allontanamento, v. A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. soc.*, 2009, nn. 3-4, p. 481 ss.; A. PUGIOTTO, *I meccanismi di allontanamento dello straniero tra politica del diritto e diritti violati*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 1, p. 42 ss.). In primo luogo la scelta operata dal legislatore è anche andata controcorrente rispetto al *diritto vivente*. Infatti, contrariamente alla posizione intrapresa dal legislatore nel d.l. 92/2008, la suprema magistratura aveva applicato le *attenuanti generiche* per la «situazione di emarginazione sociale conseguente allo stato di immigrato clandestino, senza uno stabile lavoro e senza uno stabile riferimento in Italia» (cfr. Corte di cassazione, sez. I, 13 dicembre 2006, n. 957; ma invero v. anche Cass., sez. VI, 10 maggio 1998, Citora, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2536; Cass., sez. VI, 10 maggio 2006, P., in *Guida al diritto*, 2006, n. 38, p. 78; queste ultime due pronunce negano il legame fra clandestino senza fissa dimora e stabile occupazione e tendenziale dedizione alla commissione di illeciti; cfr. sul tema: G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità*

l'inefficacia della sola ipotesi del reato di trattenimento o reingresso dello straniero espulso o raggiunto da un provvedimento di espulsione<sup>3</sup>. Di conseguenza si sono sovrapposti parallelamente ad essi sia l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale da parte dei pm, ove si riscontri la necessaria *notitia criminis*, del reato di immigrazione clandestina (reato proprio degli extracomunitari e apolidi, istantaneo ovvero permanente, a seconda delle situazioni) che l'aggravante di clandestinità ove fosse commesso un (qualsiasi<sup>4</sup>) reato da soggetto (extracomunitario irregolare ovvero apolide) presente nel territorio dello Stato.

Isoliamo da queste due ipotesi la sola aggravante di clandestinità, sottoposta a scrutinio di costituzionalità nella sent. 249/2010, e partiamo – in base alla metodologia da noi utilizzata nell'analisi dei vizi – dalla ricostruzione della *ratio legis* alla luce della quale si

---

(art. 61 n. 11-bis c.p.): *uguaglianza calpestata*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2009, p. 714, nt. 4 e 736, nt. 104). In secondo luogo l'incoerenza della scelta del legislatore si è rivelata anche rispetto ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sent. 22 del 2007 (cfr. S. RODOTÀ, *L'uguaglianza calpestata*, in *La Repubblica*, 22 maggio 2008, p. 1), risultando la normativa emanata – a detta di alcuni – una violazione del giudicato costituzionale (così pare: Trib. ord. Trieste, ord. 4 marzo 2009, r.o. 133/2009, che affermava presenti nella normativa sottoposta al giudizio della Corte costituzionale «squilibri, sproporzioni e disarmonie», segnalate dal giudice delle leggi nella sent. 22/2007).

<sup>3</sup> Non si disdegnerà in questa sede così qualche riferimento al reato di immigrazione clandestina, se non altro poiché, seppur sottoposto a separata pronuncia, intrinsecamente “connesso” – visto il preminente sindacato di ragionevolezza – ai fini della decisione della Corte, come avremo modo di argomentare occupandoci dell'aggravante (v. *infra* nt. 14 spec.). In effetti si inserisce in questa analisi, innanzitutto, il discorso sulla proficuità dell'intervento d'introduzione del reato di clandestinità, se non altro dopo che quest'ultimo è uscito illeso dalla pronuncia della Corte costituzionale (cfr. sul punto, dopo la sent. 250/2010 della Corte costituzionale, le riflessioni di V. ONIDA, *I dubbi non sciolti del reato di clandestinità*, in *Il Sole 24 ore*, 20 luglio 2010, p. 25; ma rilevante è anche qui il fatto che lo *ius superveniens* espressosi nelle ordd. 277/2009 e 66/2010 sia stato dovuto anche all'introduzione del reato di clandestinità). Invero, dall'angolazione della politica del diritto, la dottrina ha rilevato il sovraccarico di lavoro della magistratura, oberata ora, alla luce del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, anche di questo fardello (cfr. sul tema R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 34, pp. 29 e 32; ipotesi evitata – fino alla sent. 249/2010 – grazie al fatto che i giudici avevano preferito applicare la fattispecie del reato complesso; cfr. L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 3, p. 58; ma v. anche *infra* nt. 22) che vede l'immigrato irregolare sottoposto a rito speciale (ex art. 1, c. 17, l. 94/2009) di fronte al giudice di pace (... e peraltro la fattispecie esentata dai limiti del processo breve contenuti nel molto dibattuto ddl 1880, Quagliariello e al., col rischio – in caso di approvazione di questo testo – di essere messo in coda o comunque di sovrapporsi rispetto agli altri processi in corso, soggetti alla prescrizione breve nel ddl; cfr. sul punto E. MARZADURI, *Un progetto di legge sulla prescrizione breve che rischia di minare la tenuta del sistema*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 47, p. 7). Un procedimento quello giudiziario che viene quindi a contrapporsi e non a sostituirsi alla via amministrativa dell'espulsione stabilita dal questore ovvero del respingimento (art. 10-bis, cc. 2 e 5, d. lgs. 286/1998). Peraltro ove l'espulsione avvenga prima della condanna giudiziale, il processo si chiuderà con una sentenza di proscioglimento nella formula del *non luogo a procedere* (cfr., in giurisprudenza, Corte cost., sent. 250/2010, p. 10 *cons. in dir.*). Non sono quindi per nulla fuori luogo le critiche di chi rileva come il ricorrere all'obbligo dell'esercizio dell'azione penale, ex art. 112 Cost., pareva nei mezzi inadeguato visto che il risultato cui tale azione dovrebbe pervenire «è già previsto e già conseguibile a parità di condizioni in via amministrativa» (cfr. T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 33, p. 15) ed appurata altresì la possibile eventualità – confermata dalla Corte (sent. 250/2010, p. 7 *cons. in dir.*) – dell'esclusione dalla procedibilità penale per «particolare tenuità del fatto», ex art. 34, d. lgs. 274/2000, vista la competenza in materia del giudice di pace. Forse bastava la mera tutela amministrativa, come pare riconoscere, in ultima analisi (oltre alla dottrina ed alla giurisprudenza), anche lo stesso legislatore quando addita la possibilità – nonostante i tempi rapidi del processo – che il procedimento amministrativo si concluda prima di quello giudiziario. Secondo un'accurata ricostruzione delle fattispecie concrete che potrebbero, quale sussunzione, configurare il fatto tipico di casi di ingresso o soggiorno illegale vi sono: lo straniero che entra senza passaporto o documento equipollente o visto d'ingresso (qualora necessario) ovvero – pur in possesso dei titoli summenzionati – entra nel Paese senza passare i valichi di frontiera (salvo lo stato di necessità); ovvero, ancora, entra in Italia trovandosi in una delle posizioni che ostacolano l'ammissione nel nostro Paese ex art. 4, c. 3, d. lgs. 286/1998 (come modificato dalla l. 94/2009). Inoltre chi entra nel nostro Paese, dopo l'ingresso illegale in uno Stato dell'area Schengen, da un valico aeroportuale (non soggetto a controlli); cfr. per tale casistica: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*,

gioca gran parte dell'argomentazione alla base del dispositivo, visto il pregnante scrutinio sulla ragionevolezza dell'opzione intrapresa.

## 2. L'ottica di politica del diritto del legislatore fra intentio e ratio.

Effettivamente, anche nella giurisprudenza antecedente al caso qui analizzato, la Corte aveva già rilevato come il riferimento soggettivo per la protezione dei diritti umani fosse l'essere umano *tout court*. Secondo questo postulato trattamenti differenziati ovvero peggiorativi dello straniero (anche irregolare), in base alla sua condizione giuridica («condizioni personali o sociali», ex art. 3, c. 1, Cost.), non sono ammissibili se non basati su un *interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante* alla luce del sindacato di ragionevolezza. Conseguenzialmente, ove tale interesse non fosse presente, la diversità di trattamento si dimostrerebbe, in ultima analisi, discriminatoria e, quindi, senz'altro incostituzionale. Sul punto – come vedremo *infra* § 4 – la Corte ricorda, in via analogica, le ipotesi dell'ubriachezza e del possesso ingiustificato di valori già dichiarate incostituzionali a suo tempo<sup>5</sup> e suscettibili, quindi, vista l'identità delle *rationes decidendi*, di un ragionamento simmetrico rispetto al caso qui analizzato. Ma per capire se l'ipotesi dell'aggravante di clandestinità sia più o meno conferente a tali precedenti scrutinati dalla Corte, occorre ricostruire il percorso intrapreso dal legislatore e, alla luce della *ratio legis*, disegnare la “filosofia” della distinzione soggettiva nella fattispecie astratta.

Sia l'ipotesi del reato che dell'aggravante di clandestinità si fondano, dal punto di vista politico, sul diffuso «sentimento di insicurezza collettiva» che sarebbe confermato, in base all'interpretazione sistematica, dall'inclusione delle fattispecie in due normative in tema di sicurezza pubblica<sup>6</sup>. Si è ritenuto – quale causa – che vi fosse al riguardo un forte

---

cit., p. 30.

<sup>4</sup> ... salvo l'ipotesi contemplata dall'art. 61 c.p. Infatti ove la presenza illegale sul territorio dello Stato dell'autore del fatto illecito, al momento della sua commissione, rappresentasse in sé elemento costitutivo del reato (come nel caso sopra indicato dell'art. 14, c. 5ter, d. lgs. 286/1998), l'aggravante – in virtù del *ne bis in idem sostanziale* – non avrebbe trovato applicazione, come testimonia la Corte dichiarando inammissibile (per mancanza di rilevanza) l'ordinanza di sollevamento del Tribunale di Livorno (Corte cost., sent. 249/2010, p. 3, *cons. in dir.*). Tale aspetto era peraltro già stato rilevato *ex ante* dalla dottrina più attenta in chiave penalistica (cfr. E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il Decreto sicurezza. D.l. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 16; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92)*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 13; G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, p. 88). Peraltro proprio il fatto di aver agito parallelamente alle ipotesi già contemplate ha evitato il problema di un'eventuale *interpretatio abrogans* che spesso la dottrina penalistica si è trovata a considerare relativamente a fattispecie penali tra loro “connesse”.

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., sent. 370/1996, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1695, con nota di Tramontano, e sent. 354/2002, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2923, con nota di Tesaurò.

<sup>6</sup> Infatti già nei giorni successivi all'insediamento del governo Berlusconi (tarda primavera del 2008) si vociferava di primi interventi in tema di sicurezza. Fra essi un d.l. che avrebbe rivisto il pacchetto sicurezza, modificando in modo sostanzialmente più restrittivo tanto la legge Gozzini (sui benefici di buona condotta) che la legge Bossi-Fini (sull'immigrazione). Come promesso durante la campagna elettorale, la prima riunione del Consiglio dei ministri si svolse nel capoluogo campano, il 21 maggio, ed ha portato all'approvazione di due decreti legge, firmati l'indomani dal Presidente della Repubblica Napolitano ed inviati, come di norma, lo stesso giorno al Parlamento per la conversione. Essi si occupavano specialmente di due grosse urgenze: la questione dei rifiuti di Napoli (alla luce della condanna subita di fronte alla Corte di giustizia) e il nodo dell'immigrazione. Relativamente all'aspetto della sicurezza, si pensò, dopo aver additato l'idea di introdurre il reato di clandestinità, di ripiegare sull'aggravante (v. sul tema i commenti di A. RONCHEY, *Il dissesto di un paese*, in *Il Corriere della sera*, 13 giugno 2008, p. 1). Tale decreto, inoltre, ospitava anche la norma c.d. “blocca processi”, ma vista la presentazione di un testo *ad hoc* (il futuro “Iodo Alfano”), la maggioranza decise di togliere il blocca-processi che era entrato nel d.l. sicurezza con l'emendamento Berselli-Vizzini.

contribuito al numero di reati perpetrati dato dagli stranieri irregolari<sup>7</sup>. Basandosi su tale postulato il legislatore ha costruito la *ratio legis* della normativa: un intervento in campo penale ulteriore che avrebbe colpito le cause di tale inflazione di illeciti, cioè la lotta all'immigrazione clandestina<sup>8</sup>. Come accennato tale *ratio* ha trovato la propria espressione – come mezzi – nell'approvazione, in due momenti diversi, dell'aggravante di clandestinità (art. 61, n. 11-bis, c.p., introdotto dall'art. 1, lett. f), d.l. 98/2008) e del reato di immigrazione clandestina. Dal punto di vista giuridico, invece, è possibile che l'ipotesi criminosa e l'aggravante qui richiamate siano state “disegnate” sia basandosi su aspetti di diritto interno, sia sul conforto del quadro comparatistico. Sul primo aspetto si è forse pensato di seguire – non si sa con quanta accortezza – la via di un eloquente, ed oramai remoto, insegnamento dei giudici di Palazzo della Consulta che avrebbe aperto la strada ad una non completa parificazione delle situazioni giuridiche soggettive fra cittadino ed immigrato<sup>9</sup>. Al riguardo sono oramai note le motivazioni alle risalenti pronunce 104/1969 e 144/1970. L'effetto sarebbe stato, secondo tale lettura, la possibilità di trattare in modo differente – cioè i due lati del “triangolo” – da una parte il cittadino, il comunitario *tout court* e l'extracomunitario regolare e dall'altra l'extracomunitario irregolare e l'apolide, stante la diversità dei casi alla luce delle considerazioni sopra esposte (e della *ratio* tracciata) e

<sup>7</sup> La storia antica e moderna offre numerosi episodi di valutazioni particolari (a volte di emarginazione, altre di integrazione) verso gli stranieri. Si pensi, nelle città medioevali, alla rigorosa normativa per definire lo straniero, da non intendersi solo come chi non poteva entrare in città (ad esempio anche le prostitute non potevano entrare in città, ma non erano straniere). Per rendersi conto di questa ricca “legislazione” in materia basta guardare, nel particolarismo giuridico medioevale, agli Statuti di molte città dell'epoca, anche italiane. Risalendo ad un passato più remoto si nota invece come nel mondo greco gli stranieri potessero convivere con i cittadini, ma fossero esclusi dai diritti politici. Peraltro la concezione greca dello straniero era duplice: chi non appartiene alla nazione o chi non appartiene alla città. Ad esempio l'ateniese non era spartano e viceversa, ma erano entrambi greci. Ed anche fra greci vi era una sorte di “gerarchia”. Si pensi ai macedoni, spesso considerati greci “di serie B” (v. fra l'altro i toni usati nelle *Filippiche* da Demostene contro il padre di Alessandro Magno, Filippo). Ma evidente è stato il fatto che gli ateniesi non concedettero il diritto di cittadinanza ai meteci, cioè gli stranieri residenti (cfr. anche ARISTOTELE, *Politica*, a cura di R. Laurenti, Bari, Laterza, 1966, III, 1, 1275a). Roma invece ha una concezione *sui generis* dello straniero e, consequenzialmente, della cittadinanza. All'inizio, infatti, essa era riservata ai romani (che godevano in un primo tempo in via esclusiva dei privilegi dello *ius civile*), poi fu allargata agli etruschi e poi a tutti coloro che erano abitanti-residenti dell'Impero, dal 212 d.C. Il criterio di attribuzione della cittadinanza dei romani pare essere più vicino a quello della residenza che a quello etnico; basti pensare a Paolo, cittadino romano ma di Tarso, in Siria; Terenzio, cittadino romano, ma africano. Inoltre si possono ricordare imperatori romani che erano “stranieri”: Diocleziano che era dalmata, Vespasiano che era spagnolo, Settimio Severo che era africano, ovvero, secondo un'autorevole definizione, «un semita di Leptis Magna, che parlava con un forte accento punico» (cfr., in tema, E. CANTARELLA, *Roma multiethnica meglio di Atene*, in *Corriere della sera*, 19 febbraio 2010, p. 51). Certo sia nella Grecia antica che a Roma, fin dalle origini, risulta cruciale il problema della cittadinanza. In effetti gli antichi fondatori greci di città, talvolta fondatori e legislatori, si pongono il problema dello statuto di cittadinanza, quindi anche il problema di chi sia straniero; fra essi: Licurgo legislatore di Sparta, Dracone legislatore di Atene nel 624 a.C.; Solone riformatore su base censitaria di Atene nel 593 a.C.; Archia, corinzio fondatore di Siracusa; Tucle, ecista fondatore di Lentini e Catania (ma i catanesi, volendo sottolineare loro autonomia rispetto alla città madre di origine, salutano Evarco come loro fondatore); Caronda, storico legislatore di Catania, le cui notizie sfumano nella leggenda. Per quel che riguarda Roma, si pensi a Romolo che traccia un solco coll'aratro come confine prima ancora che esistessero le mura (cfr. Tito Livio, *Ab Urbe condita*, libro I, parr. VI e VII). O si pensi ancora alla *Constitutio Antoniniana*, come omologazione delle diversità e dell'estraneità (su quest'ultima v. spec. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, VII ed., Napoli, Jovene, 2006, p. 268).

<sup>8</sup> Configura la *ratio* dell'aggravante della clandestinità nella lotta all'immigrazione clandestina anche in dottrina: G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, cit., p. 719. Cfr. invece, nei lavori parlamentari, l'intervento dell'on. Cota alla Camera dei deputati il 15 luglio 2008.

<sup>9</sup> Sul fatto che tale opzione rientrasse nell'opportunità di scelta legislativa vi sarebbe anche il *self restraint* della Corte costituzionale che aveva sottolineato come non spettasse ad essa «esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto ai comportamenti antigiuridici che si manifestano nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori» (cfr. *ex pl.* sent. 236/2008 e, successivamente, sent. 250/2010).

portando così ad una maggiore repressione degli illeciti (*interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante*). Con una tale visione del rapporto Costituzione-legge non sarebbe stata condivisibile la violazione dell'art. 3 Cost. in virtù di uno stretto sindacato di ragionevolezza, né di congruità mezzi-fini, appurata la "discrezionalità" del legislatore. A tal guisa, infatti, il legislatore ha valutato che le misure amministrative (espulsione, respingimento ...) non fossero da sole idonee, ma che vi fosse il bisogno di un potenziamento della lotta anti-immigrazione clandestina con più efficaci strumenti penali: aggravante di clandestinità prima e reato di immigrazione clandestina poi<sup>10</sup>. Non quindi solo di un intervento di correzione delle fattispecie astratte esistenti, ma di ampliamento delle fattispecie concrete da punire ovvero di inasprimento del trattamento penalistico *tout court*. Sul secondo aspetto, l'esperienza comparata dimostra l'esistenza del reato di immigrazione clandestina anche in altri Paesi (Francia, Germania, Grecia e Regno Unito<sup>11</sup>)

<sup>10</sup> Peraltro la nuova ipotesi criminosa non contemplava l'esimente del *giustificato motivo*, portando alla richiesta dell'addizione sia da parte della dottrina (cfr. R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, cit., p. 32) che degli organi istituzionali (sul punto v. anche i rilievi del Quirinale contenuti nella missiva del 15 luglio 2009, in *Guida al diritto*, 29 agosto 2009, n. 34, p. 28) che di numerosi giudici *a quibus*. Invece alla luce della distinzione fra comportamento commissivo e condotta meramente omissiva, la Corte non ha condiviso tale necessità basata sulla presenza del giustificato motivo nell'ipotesi "parallela" dell' art. 14, c. 5<sup>quater</sup>, d. lgs. 286/1998. Infatti nel reato di indebito reingresso dello straniero effettivamente espulso dal territorio nazionale vi è un comportamento commissivo, mentre nelle ipotesi dell'indebito trattenimento (ord. 41/2009) e del reato di immigrazione clandestina (sent. 250/2010), si è in presenza di condotta meramente omissiva (cfr. sent. 359/2010, p. 4 *cons. in dir.*). Di conseguenza il giudice delle leggi ha preferito in quest'ultima ipotesi richiamare l'applicazione delle esimenti generali anche alla luce del vecchio brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* (cfr. sent. 250/2010, p. 11.2, *cons. in dir.*). Invece l'addizione si è rivelata obbligata, alla luce del sindacato di ragionevolezza, nell'ipotesi contemplata dall'art. art. 14, c. 5<sup>ter</sup>, d. lgs. 286/1998 (straniero che sia già destinatario di un provvedimento di espulsione e di un ordine di allontanamento, ex art. 14, c. 5<sup>ter</sup> e c. 5<sup>bis</sup>, che rimanga nel territorio nazionale), scrutinata nella sent. 359/2010. Su quest'ultima decisione si può ora vedere: V. PUPO, *Inottemperanza "reiterata" all'ordine di allontanamento: la ragionevole "addizione" del giustificato motivo quale causa di esclusione della punibilità dello straniero*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>11</sup> In Francia la fattispecie è punita penalmente dall'art. 621-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. La fattispecie è quella dello straniero che entra ovvero soggiorna in Francia senza i documenti richiesti per legge ovvero ancora si sia trattenuto oltre il tempo previsto dal suo visto d'ingresso. La pena è la reclusione per un anno e l'ammenda di 3.750 euro; è peraltro prevista la possibilità di vietare a chi viene condannato l'ingresso ed il soggiorno in Francia per una durata non superiore a tre anni. Invero, con una legge del 2003, Sarkozy (allora ministro dell'Interno) aveva introdotto una rigida regolamentazione dell'ingresso nel Paese (schedatura mediante impronte digitali e dati biometrici per chi fa richiesta di visti e permessi di soggiorno); la «*carte de résident*» viene concessa dopo cinque anni, previa dimostrazione della conoscenza della lingua e dei principi della Repubblica (c.d. «*contrat d'accueil et d'intégration*»). Inoltre, oltre al livello comunitario, è stato sottoposto a giudizi piuttosto forti sia la recente normativa relativa alla fuoriuscita dei rom dal territorio nazionale che il testo 2520/2010 sul burqa e sul niqab (su cui v. ora: M.L. QUATTROCCHI, *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), §2). In Germania la fattispecie è punita penalmente in base all'art. 95 dell'*Aufenthaltsgesetz* che prevede la reclusione da uno a tre anni (*Freiheitsstrafe*) ovvero la sanzione pecuniaria (*Geldstrafe*). L'ingresso nel Paese, regolamentato da una legge del 2005, è collegato alle esigenze del mercato, tanto che i permessi di soggiorno possono essere tanto a tempo determinato (*Aufenthaltserlaubnis*) che indeterminato (*Niederlassungserlaubnis*). Nel Regno Unito l'ipotesi è contemplata come reato dall'*Immigration Act* del 1971 e si procede con rito sommario (*summary conviction*); l'ingresso nello Stato, regolato da una norma del 2006, è finalizzato all'ingresso di lavoratori qualificati mediante l'introduzione di un sistema a punti (c.d. *Highly Skilled Migrant Programme*). Non è invece considerato reato la clandestinità in Spagna in base alla *Ley de extranjería*, 4/2000. Rimane però la sanzione amministrativa di diversa gravità, a seconda dell'infrazione, in base agli artt. 52 ss. della legge *de qua*. La legge del 2004 di Zapatero ampliava i canali per l'ingresso nel mercato del lavoro anche con contratti stagionali; nel 2005 vi è stata una sanatoria per gli immigrati che avessero fedina penale pulita, contratto regolare e fossero presenti all'interno del territorio da almeno tre mesi prima dell'inizio del contratto. In Grecia la legge 2910/2001 aveva previsto un reato per l'introduzione clandestina con pena alternativa (detentiva o pecuniaria); il pubblico ministero può astenersi dall'esercitare l'azione penale in caso di immediata espulsione (Cfr. per la descrizione delle varie fattispecie qui analizzate: *L'immigrazione in quattro paesi dell'Unione Europea: ingressi legali e immigrazione clandestina*, giugno 2008, n. 15, *Dossier del servizio studi del Senato*; A. ALESSANDRI – E. GARAVAGLIA, *Non*

e la legittimità del “più” (reato) avrebbe comportato, consequenzialmente, anche quella del “meno”, cioè dell’aggravante.

### 3. *Il procedimento argomentativo per il dispositivo (di incostituzionalità) della sent. 249/2010.*

Si poteva fin da subito considerare il caso qui commentato – così come la Corte ha puntualmente fatto – una questione di violazione frontale dell’art. 3, c. 1, Cost.<sup>12</sup> ovvero di ragionevolezza. Da corollario, non si poteva così escludere *a priori*, percorsa tale via, che la pronuncia in base a tale parametro, logicamente e giuridicamente preminente (... se non altro perché più evidente), comportasse addirittura un assorbimento degli ulteriori profili di costituzionalità (cioè l’art. 25, c. 2, Cost. e 27 Cost.) additati dal solo giudice *a quo* ferrarese<sup>13</sup>, che ha ben delineato il *petitum*, ovvero lasciati – al massimo – quali elementi di completamento della motivazione al dispositivo. Ma, invero, dalla nostra angolazione, da solo l’art. 3 Cost. non pareva sufficiente, se non altro poiché mancava il termine di paragone per determinare o meno l’esistenza della discriminazione. A ben pensare se fosse bastato solo l’art. 3 Cost., allora anche il reato di clandestinità avrebbe “consequenzialmente” dovuto essere dichiarato illegittimo, vista l’identica matrice del ragionamento logico-giuridico<sup>14</sup>. Peraltro occorre tener presente che, percorrendo tale via,

---

passa lo straniero, in <http://www.lavoce.info/articoli/pagina1000461.html>, p. 2).

Sul punto occorre peraltro considerare lo scetticismo di parte della dottrina agli agganci comparatistici effettuati *tout court*, senza cioè le cautele ed i distinguo che emergono nella legislazione straniera in materia globalmente considerata (così: A. ALESSANDRI – E. GARAVAGLIA, *Non passa lo straniero*, cit., ivi; ma anche: S. RODOTÀ, *L’uguaglianza calpestata*, cit., ivi).

<sup>12</sup> Per la violazione dell’art. 3 Cost., e in conformità a quanto avrebbe poi deciso la Corte, cfr. fin da subito: A. ALGOSTINO, *Il “pacchetto sicurezza”, gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 2; così invero V. ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale*, in *Il Sole 24 ore*, 22 maggio 2008, p. 7 (quest’ultimo autore lo sosteneva alla luce di numerosi parametri sovranazionali); M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634; A. ALESSANDRI – E. GARAVAGLIA, *Non passa lo straniero*, cit., ivi. Per quel riguarda gli interventi parlamentari v. quello dell’on. Cuperlo di fronte alle Commissioni riunite della Camera I e II (cfr. *Commissioni riunite affari costituzionali e giustizia*, Resoconto sommario, mercoledì 2 luglio 2008, p. 29); in tale senso anche gli interventi di Volonté e Bernardini (cfr. *Commissioni riunite affari costituzionali e giustizia*, Resoconto sommario, lunedì 7 luglio 2008, pp. 8 e 11 s.), nonché la questione pregiudiziale di costituzionalità n. 1 a firma del sen. Zanda (Pd) e altri e la questione pregiudiziale di costituzionalità n. 2 a firma Li Gotti (Idv) e altri presentate al Senato e respinte nella seduta dell’11 luglio 2008.

<sup>13</sup> Proprio il fatto che l’altro rimettente (cioè il Tribunale di Livorno) non avesse additato anche l’art. 25, c. 2, Cost. porta – dall’angolazione da noi sposata – a considerare la sua ordinanza infondata oltre che inammissibile. Vista però la preminenza dell’aspetto di rito (e, peraltro, assodato il fatto che la Corte abbia comunque seguito una linea motivazionale diversa da quella qui adottata) il giudice delle leggi ha giustamente fatto prevalere l’inammissibilità all’infondatezza, realizzata la “non cumulabilità” fra aggravante ed il reato contestato (art. 13, c. 13, d. lgs. 286/1998, cioè il rientro dello straniero espulso senza una speciale autorizzazione del Ministro dell’Interno). Alla luce di tali premesse la nostra considerazione rimane – *a fortiori* – non verificabile nella sua veridicità.

<sup>14</sup> Ed invero buona parte degli autori che hanno additato l’illegittimità dell’aggravante ex art. 3 Cost. hanno coerentemente evidenziato l’illegittimità anche del reato di immigrazione clandestina. Anzi si potrebbe supporre che, essendo stata la motivazione dell’incostituzionalità dell’aggravante basata sull’art. 3 Cost. e realizzata l’“assoluzione” dell’art. 10-bis, d. lgs. 286/1998, il relatore Silvestri fosse fra coloro che sono rimasti in minoranza (*strict minority*) nella pronuncia della sent. 250/2010 sul parallelo reato di immigrazione clandestina (ma v. anche, più recentemente, le ordd. 318 [l’unica con rel. Silvestri], 320, 321, 329, 343 del 2010 ed invece v. l’esito della sent. 359/2010 con ancora relatore il prof. Silvestri). Secondo questa ricostruzione quindi la motivazione alla sentenza qui commentata sarebbe anche – indirettamente – una sorte di “*dissenting opinion*” dissimulata rispetto alla motivazione presente nella “parallela” questione del reato di immigrazione clandestina, dimostrando come la *dissenting opinion* possa esistere indirettamente nel nostro ordinamento quando un giudice è relatore in una sentenza e, in caso affine, oltre a non essere relatore prevale una linea argomentativa-motivazionale sostanzialmente diversa dalla prima. Certo forse la

nel mettere a fuoco la fattispecie, il raffronto non deve essere fra lo straniero ed il cittadino, ma l'irregolare (extracomunitario ovvero, al massimo, apolide) e (oltre al cittadino ed il comunitario anche irregolare) l'extracomunitario regolare. In tal modo si dimostra che l'aggravante non aveva una matrice eminentemente razziale, come si può pensare *prima facie* ed alla luce della *ratio legis*, ma si applicava ad una condizione economico-sociale. Sul punto torneremo fra un attimo in sede di verifica dell'opzione interpretativa additata dal giudice costituzionale (v. *infra* §4).

È logico, invece, che il rigettare l'aspetto eguaglianza-ragionevolezza alla luce del solo art. 3 Cost. avrebbe giocoforza portato il giudice costituzionale nel terreno meno congeniale del principio di colpevolezza che – com'è noto nella letteratura penalistica – assume la netta caratterizzazione di un istituto di matrice dottrinale più che di diritto positivo<sup>15</sup>, vista la sua sfumata presenza nel codice penale e, quindi, ampiamente scivoloso nell'argomentazione "filosofica" della motivazione sostenente l'eventuale dispositivo di annullamento. Inoltre occorre rilevare che, se letto da solo, l'art. 3 Cost. sembrava incapace di ancorare un giudizio sulla proporzionalità della pena (mezzi-fini) che si verrebbe a delineare in virtù dell'applicazione dell'aggravante (v. ancora *infra* § 4), cioè alla luce dell'art. 27 Cost.

Pareva quindi che il principio di colpevolezza per il fatto, contemplato nell'art. 25, c. 2, Cost., non potesse – come sarà subito chiaro – che essere letto in *combinato disposto* con l'art. 3 Cost. Ove intrapresa, in effetti, tale via "spuria", chiusa ed uscita l'analisi sulla ragionevolezza dalla porta (cioè non basandosi solo sull'art. 3 Cost.), sarebbe rientrata dalla finestra, "assorbita" subito, in un *unicum* (artt. 3 e 25, c. 2, Cost.). Infatti – come avremo modo di vedere – il principio di colpevolezza (punizione del colpevole in base al «fatto commesso»), fondandosi sull'aspetto oggettivo, non si armonizza con la discriminazione cittadino, straniero regolare, comunitario da una parte ed extracomunitario irregolare dall'altra, visto che l'aggravante si applicherebbe al soggetto extracomunitario irregolare a prescindere dal "fatto commesso"<sup>16</sup> e fondandosi invece su un mero status

---

tesi qui sostenuta pare enfatica, ma nonostante l'enfasi di tale riflessione, occorre dire, a prova di tale constatazione, che invero la lettura "a colonne parallele" delle due sentenze pare (come indizio) testimoniare – visto l'iter logico seguito nell'argomentazione – tale ambiguità fra le due pronunce (ambiguità rilevata anche in dottrina da: L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, cit., p. 43).

<sup>15</sup> Cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Padova, Cedam, 2008, p. 276. Effettivamente vari elementi sono stati evidenziati dalla dottrina come rappresentativi della netta volontà di privilegiare l'aspetto "oggettivo" (fatto commesso) su quello soggettivo (ad esempio «condizioni personali o sociali») nella "filosofia" di base del nostro diritto penale. Si può, per sommi capi, darne qualche cenno. In primo luogo la scelta del principio di anti-giuridicità formale o, al massimo, formale-sostanziale. Infatti l'adottare una concezione sostanzialistica porterebbe ad una applicazione analogica *in bonam e malam partem* dei precetti penali, fino a finire sulla pericolosità sociale della condotta o – in casi estremi – al «tipo normativo d'autore», cioè sul soggetto più che sul fatto commesso ovvero alla *nuda cogitatio*. Il centro, quindi, non è la persona in sé, ma il bene offeso, come dimostra – *a fortiori* – l'ipotesi del reato putativo contemplata dall'art. 49, c. 1, del codice penale. Invero additata tale concezione è inevitabile rifiutare anche il *Gesinnungstrafrecht* che punisce i sentimenti, irrilevanti nel nostro sistema, a differenza dei diritti penali totalitari e del diritto canonico. Sul punto relativo al rifiuto della concezione soggettivistica è rilevante la ricostruzione dei delitti contro il patrimonio effettuata da: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte speciale II, *Delitti contro il patrimonio*, Padova, Cedam, 2008, p. 21 e 36, ma *passim*.

<sup>16</sup> Tale punto era eloquentemente sottolineato già nell'ordinanza del giudice ferrarese che si chiuse con il rinvio per *ius superveniens* nell'ord. 277/2009 della Corte costituzionale. Essa, pur non parlando mai di tesi del combinato disposto e di lettura unitaria dei due articoli costituzionali, li additava entrambi a parametri e ne illustrava la palese violazione da parte dell'irragionevole aggravante. La decisione della Corte costituzionale *in subiecta materia* sulle ordinanze sollevate dai giudici *a quibus* non era – com'è noto – risolutiva a favore dell'aggravante, come invece ingenuamente ritennero in un primo tempo i sostenitori della legge, non essendo il giudice delle leggi entrato nel merito della questione, ma essendosi fermato invero all'aspetto preliminare – di rito – dell'insussistenza della dimostrazione della "rilevanza" e della "non manifesta infondatezza" della questione e rinviandola, quindi, ai giudici *a quibus* affinché ne rivalutassero gli elementi logico-giuridici ed eventualmente ne riargomentassero in una nuova ordinanza di sollevamento i

(burocratico)-personale di diritto amministrativo, cioè determinato nella tipicità dalla norma extrapenale<sup>17</sup> («condizioni economiche e sociali»), asseritamente considerato identificativo di “pericolosità” dal legislatore. Ma, quindi, qual è la lente di lettura per arrivare a tale conclusione? A ben guardare non può essere accettata l’ottica del legislatore (v. *supra* §2). Se infatti poniamo a fondamento della filosofia della punizione dei reati, a cui le norme penali devono armonizzarsi, il principio di colpevolezza per il fatto, quello che pareva essere il fine legislativo accampato dal legislatore (combattere l’immigrazione clandestina in quanto causa dell’incremento di reati) si riduce – come si è già accennato – a pura *intentio* ovvero a (sperata) conseguenza dell’azione normativa intrapresa. A dimostrazione dell’inconsistenza dell’assunto additato dal legislatore (e della *ratio distinguendi*) è la stessa debolezza argomentativa della *ratio legis* additata, dimostrandosi di conseguenza l’aggravante introdotta, dopo un’attenta analisi, sia incoerente che irragionevole.

L’incoerenza si dimostra rispetto agli stessi mezzi prescelti. Infatti se lo scopo è questo, la lotta all’immigrazione clandestina è percorsa in modo indiretto, punendo cioè il soggetto solo nel momento in cui commette un illecito penale. Inoltre la normativa tocca solo gli extracomunitari, esentando il comunitario irregolare (v. art. 21, c. 4, d. lgs. 30/2007), anch’esso “colpevole” della violazione all’ingresso e soggiorno<sup>18</sup>.

Invece l’irragionevolezza è dovuta innanzitutto al fatto che da una contravvenzione punita con la sola pena pecuniaria può scaturire una serie di pene aggiuntive, anche a carattere detentivo, che possono portare a prolungate privazioni della libertà personale. Argomento questo sviscerato dalla Corte che però, stranamente, il giudice delle leggi lascia poi cadere, non riprendendolo alla luce dell’art. 27 Cost.; quindi nell’ancorare un giudizio sulla proporzione dei mezzi, aspetto, come detto, dichiarato senz’altro assorbito<sup>19</sup>. Alla luce di queste considerazioni si è palesato come il centro dell’argomentazione va posto sull’art. 25, c. 2, Cost., più che sull’art. 3 che ne rappresenta il completamento necessario. Infatti proprio questo aspetto evidenzia e dimostra che l’introduzione

---

nodi costituzionali più problematici. Quindi chiudendo la questione con una pronuncia di inammissibilità. Infatti come gli studiosi di giustizia costituzionale sanno non si possono – in tale ipotesi – considerare *tranchant* le ord. 277/2009 e 66/2010; ed invero non sarebbe stato da considerare precluso il sollevamento nemmeno ove si fosse approdati all’ipotesi di una infondatezza della questione di legittimità costituzionale (sentenza di rigetto), stante il fatto che – secondo la tesi invalsa – altri giudici *a quibus* (e lo stesso giudice del caso all’infuori dello stesso stato e grado del giudizio e purché non si tratti della stessa *quaestio* già decisa) potrebbero invero sollevare *ex novo* ovvero con nuovi profili di argomentazione giuridica la questione, non avendo la pronuncia di rigetto forza di preclusione *erga omnes*, se non forse – stando all’argomentazione di un’attenta dottrina (cfr. A. RUGGERI, *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990) – nelle ipotesi di identità di situazioni normative, e – quindi – non potendo fungere la ord. 277/2009 quale necessario *a priori* a favore o contro l’aggravante (cfr., per la discussione dottrinale in materia, A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 135 spec.). Il giudice ferrarese faceva poi rilevare peraltro come tale aggravante risultasse incoerente (ovvero sbilanciata) rispetto alle altre aggravanti contemplate nell’art. 61 c.p., visto che queste dipendono dalla gravità oggettiva del fatto (v., ad esempio, l’aver adoperato sevizie o agito con crudeltà verso le persone) ovvero da una condotta materiale del soggetto attivo (v., ad esempio, la latitanza o la recidiva); cfr. ord. 308/2008 del Tribunale di Ferrara, p. 4. Non della stessa opinione è stata la Corte di cassazione, la quale ritenne, *sub iudice* le *quaestiones* di altri giudici di fronte alla Corte (v. *supra* nt. 1), che l’aggravante prevista dall’art. 61, n. 11 *bis*, c.p., non solo fosse “legittima” (almeno *inter partes* visto il mancato sollevamento della questione alla Corte), ma addirittura non si applicasse solo a chi era destinatario di provvedimenti di espulsione. Essa ha in effetti stabilito che l’aggravante avesse «natura soggettiva, riguardando le condizioni e le qualità personali del colpevole, poiché attribuisce rilievo, unicamente, alla condizione di persona illegalmente presente sul territorio nazionale propria dell’autore del reato» e quindi configurabile anche nel caso in cui «non vi sia alcun nesso tra il reato e lo stato di illegale presenza dell’agente nel territorio nazionale» nel *tempus commissi delicti* (Cass., sez. III pen., 26 novembre 2009, n. 4406, in *Foro it.*, 2010, II, p. 328).

<sup>17</sup> ... infatti la “nozione” di clandestino è di matrice amministrativistica e rilevante per la definizione della fattispecie qui analizzata dell’aggravante e del soggetto attivo del reato di clandestinità.

<sup>18</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 249/2010, p. 5 *cons. in dir.*

<sup>19</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 249/2010, *ibid.*

dell'aggravante porta a sbilanciare l'assetto punitivo penalistico, visto che lo stesso "fatto" viene valutato diversamente a seconda che lo commetta un extracomunitario irregolare ovvero un apolide o un qualsiasi altro soggetto. Per trovare ulteriore conferma a tale assunto occorre riprendere l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale – cui questo caso pare ora, dopo le argomentazioni svolte, collimare – secondo cui i comportamenti pregressi che non si identifichino come "fatti", ma come mero status soggettivo (ubriachezza, possesso ingiustificato di valori e, quindi, clandestinità, ...) <sup>20</sup> possono permettere un trattamento diverso solo se garantiscono la soddisfazione di un interesse pubblico primario alla luce di uno *strict scrutiny of constitutionality*. Se non si verifica tale ipotesi si finisce nel principio soggettivo della *Tätershuld* di matrice germanica <sup>21</sup>, tipica dei sistemi totalitari. E qui la soddisfazione dell'interesse costituzionalmente rilevante della sicurezza pubblica risulta, come vedremo, indimostrato. Prima però di verificare "matematicamente" la (in)costituzionalità della legge occorre premettere che l'argomentazione qui sviluppata non è superabile nemmeno in via interpretativa. Infatti la fattispecie del *reato complesso*, che permetterebbe di elidere alcune delle obiezioni qui poste, non può essere ascritta al caso *de quo*. E ciò in primo luogo poiché una tale qualificazione del reato spetta solo al legislatore e, in secondo luogo, poiché negato dal "diritto vivente" alla luce di una recente pronuncia della suprema magistratura <sup>22</sup>. Da un punto di vista giuridico, (ri)costruita la *ratio legis* alla luce dell'art. 25, c. 2, Cost. ed aggiungendo la discriminazione fra i due soggetti, si vede se la *ratio* trova la sua realizzazione, costituzionalmente possibile, visto l'interesse primario della sicurezza pubblica, nell'effettiva maggiore repressione degli illeciti ovvero se – come qui si è sostenuto – essa non conduce in ultima analisi all'obbiettivo prefissato, rivelandosi incostituzionale in quanto discriminatoria fra i soggetti (violazione dell'art. 3 Cost.), slegata dal fatto commesso (violazione dell'art. 25, c. 2, Cost.) e, consequenzialmente,

<sup>20</sup> In effetti la stessa Corte costituzionale, nella sent. 354/2002, aveva dato una "definizione" di responsabilità penale d'autore, sottolineando l'inammissibilità di trattamenti diversificati ovvero peggiorativi dello straniero, basandosi sulla sua *condizione giuridica*, cioè fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo una *responsabilità penale d'autore* «in aperta violazione del principio di offensività». Sul fatto che si trattasse di un'aggravante che si basava su aspetti soggettivi vi è anche, peraltro, il riferimento all'art. 70, n. 2, c.p. («... le condizioni e le qualità personali del colpevole») ed il diritto vivente; sul punto v. l'opinione della Corte di cassazione nella sent. 4406/2009 (che sottolinea come l'aggravante avesse «natura soggettiva», in quanto riguardante le «condizioni e le qualità personali del colpevole»), alla quale però non viene a mente di sollevare la questione alla Corte (cfr. Corte di cassazione, sez. III pen., 26 novembre 2009, n. 4406, cit.).

<sup>21</sup> In dottrina per l'aggravante di clandestinità come elemento che porta ad un diritto penale d'autore: M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3562; L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 20; nonché G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, cit., p. 718, che sottolinea al riguardo: «... non si giustifica per una maggiore gravità oggettiva del fatto o per una più intensa colpevolezza dell'autore, ma solo nelle intenzioni del legislatore, per difendere la società dal 'clandestino' quale *tipo di persona socialmente pericolosa*: per punire più severamente non già determinati *tipi di reato*, bensì un determinato *tipo d'autore*» (corsivi testuali).

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., sent. 249/2010, p. 7 *cons. in dir.* In effetti la Corte non accoglie la tesi, di matrice giurisprudenziale, che si potesse – nel caso in cui l'aggravante si riferisse ad un reato non legato all'immigrazione – applicare la disciplina del reato complesso ex art. 81, c.p. (cfr. L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, cit., p. 40, che fa l'esempio dell'assorbimento del reato ex art. 10 bis d. lgs. 286/1998 nel caso di un furto aggravato ex art. 61, n. 11 bis, c.p.). Relativamente al diritto vivente v. ancora Cassazione, sent. 4406/2009, cit., che, lo si ricordi, aveva rilevato come l'aggravante si applicasse anche ai reati non collegati alla presenza illegale (v. sul tema il commento di A. NATALINI, *Aumento della pena e divieto di sospensione l'effetto di una norma che discrimina gli stranieri*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 9, p. 81 ss.). In tal senso la valutazione "correttiva" della Corte ne dimostrava ancor di più il carattere discriminatorio, visto che essa toccava qualsiasi reato: dal furto di un motorino all'ingiuria verbale (cfr. A. NATALINI, *Aumento della pena e divieto di sospensione l'effetto di una norma che discrimina gli stranieri*, cit., p. 82 ; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, Parte generale, III ed., Torino, Utet, 2008, p. 447; G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, cit., p. 722 che, a nt. 43, richiama anche i lavori parlamentari).

sproporzionata (violazione dell'art. 27 Cost.) rispetto al principio di colpevolezza per il fatto additato.

#### 4. Verifica (“matematica”) del risultato dell’“equazione”.

Infatti se sostituiamo alla *ratio legis* additata dal legislatore quella imposta dalla Costituzione alla legislazione in campo penale (*principio di colpevolezza per il fatto*), possiamo, partendo dall'art. 25, c. 2, Cost., vederne pragmaticamente l'irragionevolezza. Prendiamo per buono che lo scopo della normativa sia di evitare i reati commessi da un soggetto che, in quanto irregolare, è in una presunzione di “soggetto criminale” tendenziale (cioè che presenta, in quanto tale, un *animus nocendi*), nonché la lotta all'immigrazione clandestina e che il mezzo o strumento per attuare questo scopo sia – fra gli altri – l'aggravante di clandestinità, quale freno all'immigrazione clandestina.

In primo luogo si consideri il caso di un cittadino che commette un illecito con il concorso di un extracomunitario irregolare. In questo caso, se si applica l'aggravante l'extracomunitario irregolare rischia di subire una pena maggiore del cittadino o dell'extracomunitario regolare che ha commesso un reato più grave<sup>23</sup>. Se secondo la filosofia del principio di colpevolezza, espressa nell'art. 25, c. 2, Cost., si viene puniti in base alla gravità del «fatto commesso», si può considerare ragionevole che un fatto più grave sia punito in modo minore di uno meno grave in base ad uno status pregresso che non influisce o facilita la commissione dello stesso? Qui sì che siamo in casi diversi, ma è il concorrente che deve essere punito in modo inferiore, non l'autore. Si può permettere una legge, con i suoi mezzi, di rovesciare il bilanciamento operato dalla Costituzione? Certamente no. Usando una “metafora” matematica si è facilmente verificato, a rovescio, che con il “discriminante” (*rectius*: discriminazione con l'applicazione dell'aggravante all'extracomunitario irregolare rispetto agli altri soggetti e che può aumentare la pena fino ad un terzo) l’“equazione” (punizione in base al “fatto commesso”, costituzionalmente imposta ex art. 25, c. 2, Cost.) risulta impossibile (*rectius*: incostituzionale), in quanto incapace di dare un risultato in armonia con la *ratio legis* prefissata. Infatti, alla luce del principio di non contraddizione<sup>24</sup>, il *vulnus* costituzionale è evidente: non si può ammettere che l'ordinamento ospiti nel suo seno una disposizione che per la sua natura si dimostra, alla luce delle valutazioni “empiriche” fatte, tale da portare ad esiti assurdi (punire diversamente due soggetti a parità di condotta materiale), sproporzionati (punire in modo

<sup>23</sup> Ma si pensi alla sent. 119/1970 della Corte costituzionale in cui essa dichiarò incostituzionale l'aggravante speciale del danneggiamento contemplata nell'art. 635, n. 2, c.p. nella parte in cui prevedeva come aggravante (e causa di procedibilità d'ufficio) il danneggiamento commesso da lavoratori in caso di sciopero (oltre ai datori di lavoro in caso di serrata). L'ablatoria della Corte si basava proprio sul principio di eguaglianza, visto il trattamento differenziato (*rectius*: discriminatorio) del lavoratore che scioperava rispetto al terzo non lavoratore che avessero commesso lo stesso fatto materiale, cioè il danneggiamento (cfr. Corte cost., sent. 119/1970, in *Foro it.*, 1970, I, p. 2056; nonché, in letteratura, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte speciale, *Delitti contro il patrimonio*, II, Padova, Cedam, 2009, p. 130).

<sup>24</sup> Si tratta invero di un mero paragone linguistico essendo invero, com'è noto, opinabile l'accostare tale riflessione al procedimento della soluzione di un'equazione di secondo grado; ci si è quindi accontentati di un mero parallelismo alla scienza matematica per il fascino che ha il poter ancorare ad essa certe riflessioni di logica che toccano tanto tale disciplina che la scienza giuridica. Ma sul punto più strettamente giuridico si è agilmente notato che per la ricostruzione del sindacato di ragionevolezza-uguaglianza si è – in questa ipotesi – sposata la costruzione triadica sostenuta autorevolmente in dottrina da Livio Paladin e che tanto seguito ha avuto anche nella manualistica in materia (sul punto fondamentale rimane: L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli. I: Sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, p. 657 ss.). Si è però ben coscienti di come tale ricostruzione della ragionevolezza *more geometrico* non sia unanimemente condivisa nella letteratura giuridica la quale ha evidenziato l'impossibilità di positivizzare sempre tale tipo di sindacato esercitato dalla Corte (v., non da ultimo, le osservazioni critiche di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 228 ss.). Quindi ci si può per il momento accontentare di un valore “*inter partes*” al caso qui analizzato.

eccessivo un comportamento illecito non favorito dalla condizione di clandestinità) ed inefficaci (rispetto alla *ratio legis* posta a fondamento, cioè la lotta all'immigrazione clandestina), rivelandosi un improprio uso degli strumenti penali<sup>25</sup> che, in questo caso, non hanno nulla a che fare con la repressione degli illeciti, ma anzi portano ad una palese *capitis deminutio* dell'irregolare dal punto di vista penalistico, cioè dimostrandosi – in ultima analisi – incoerente ed irragionevole.

Infatti, rileva la Corte, la *ratio* sostanziale della disposizione censurata è quella di aver introdotto una *presunzione generale ed assoluta* di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare<sup>26</sup>, similmente ad altri casi già soggetti ad annullamento della Corte (ubriachezza, possesso ingiustificato di valori) e, dopo l'analisi effettuata, destinata – vista l'identità delle ipotesi – alla stessa pronuncia di incostituzionalità<sup>27</sup>. Per farlo un intervento “chirurgico” ablatorio, al fine di ripristinare l'eguaglianza calpestate.

\* Cultore di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Padova.

---

<sup>25</sup> Cfr. V. ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale*, cit., ivi.

<sup>26</sup> È evidente in tale ricostruzione la “personalizzazione” dell'illecito penale, cioè del tipo criminologico d'autore a fini preventivi ove il reato non è che un sintomo della pericolosità sociale del soggetto. Invero nel tipo normativo d'autore si cerca la tipologia etico-politica degli autori come sentita nella coscienza sociale (si pensi al c.p. tedesco del 1935 che sostituiva il principio di legalità in materia penale con la punibilità anche «secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il *gesundes Volksempfinden*»; cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 15). Si sa peraltro come una tale ottica sia recessiva negli ordinamenti democratici che tendono a fuggire dal concetto «personalistico» di anti giuridicità, come tipico della famosa teoria di Welzel (cfr. G. BETTIOL – R. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova Cedam, 1995, p. 16) che ridurrebbe l'oggettività dell'illecito a mero *flatus vocis* (per un'analisi in tal senso dell'aggravante di clandestinità introdotta dal d.l. 92/2008, cfr. ord. 308/2008 del Tribunale di Ferrara, p. 4; così invero anche Trib. ord. Livorno, ord. 3 novembre 2008, in r.o. 80/2009; Trib. ord. di Agrigento, ord. 8 luglio 2008, in r.o. 103/2009; Trib. ord. Livorno, ord. 9 luglio 2008, in r.o. 411/2008; quest'ultimo rilevava come non si potesse inferire la devianza criminale a persone che si trovano, a volte per solo effetto di circostanze contingenti o di difficoltà burocratiche, a violare una prescrizione di carattere amministrativo; ma sul punto v. altresì le considerazioni già espresse dalla Corte costituzionale nella sent. 78/2007).

<sup>27</sup> Già si sono notate le prime conseguenze dell'annullamento dell'aggravante in una pronuncia della suprema magistratura, la quale ha affermato che deve essere annullata la sentenza di patteggiamento di una pena determinata tenendo conto dell'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 bis cod. pen., atteso che tale disposizione è stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 249 del 2010 della Corte Cost. (cfr. Cass., VI sez. pen., sent. n. 40836 del 17 novembre 2010 - depositata il 18 novembre 2010).