

DISCRIMINAZIONE E AGGRAVANTE DELLA “CLANDESTINITÀ” NELL’ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI LATINA

di Patrizia Palermo *
(1 giugno 2010)

PREMESSA	1
1 La rilevanza della questione proposta a seguito delle modifiche legislative.....	5
1.1. Rapporti tra aggravante e fattispecie di reato.....	5
2 . L’uguaglianza negata.....	6
2.1 Violazione dell’art. 3 della Costituzione.....	7
2.2.Uguaglianza e non discriminazione nel sistema di tutela multilivello.....	8
2.3.Discriminazione rispetto ai cittadini comunitari illegalmente presenti nel territorio....	11
3.”Clandestinità” e minorenni.....	12
4.Altri profili di illegittimità	13
4.1.Violazione dell’art. 13.....	13
4.2 Violazione dell’art. 25 comma 2 della Costituzione.....	14
4.3. Violazione dell’art. 27 Costituzione	14
4.4.Violazione dell’art. 10/1 Cost (il diritto internazionale consuetudinario).....	16
CONCLUSIONI: BREVI NOTE A MARGINE.....	16

Premessa

L’incriminazione della “clandestinità”¹ (prima avvenuta attraverso la previsione dell’aggravante comune e poi mediante la formulazione normativa della fattispecie autonoma di reato), ha fatto emergere molte problematiche e perplessità, che investono differenti e innumerevoli aspetti, anche in merito alla conformità al dettato costituzionale.

Una parte di questi profili sono stati ben evidenziati nell’ordinanza del Tribunale di Latina del 27 aprile 2010, oggetto del presente commento.

Alcune questioni rilevate dal giudice *a quo* sono simili a quelle già proposte nelle molteplici ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, e l’elenco dei possibili vizi di illegittimità

Questo saggio è stato sottoposto a *referee*.

¹ Nel documento *Criminalizzazione dei migranti in Europa: implicazioni nei diritti umani*, del Consiglio d’Europa, presentato i primi di febbraio 2010 a Bruxelles, si sollecitano gli Stati a non introdurre reati che si applicano “esclusivamente” a cittadini stranieri. Presenti nel dossier anche alcune critiche rivolte all’Italia dove si sottolinea tra l’altro che, in generale, che il “pacchetto sicurezza” presenta numerose problematiche rispetto all’esigenza di non criminalizzare gli stranieri. “*La scelta del linguaggio* - si legge nel dossier - *è molto importante per l’immagine che le autorità inviano alla loro popolazione e al resto del mondo. L’essere immigrato diventa associato, attraverso l’uso del linguaggio, ad atti illegali previsti dal codice penale*”. “*Tutti gli immigrati* - si legge ancora - *vengono macchiati col sospetto. L’immigrazione illegale, come concetto, ha l’effetto di rendere sospetto agli occhi della popolazione, inclusi i pubblici ufficiali, il movimento di persone attraverso le frontiere internazionali*”. (Il documento del commissario è reperibile presso il sito del Consiglio d’Europa al l’indirizzo: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579823&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679%2%A0>). Si precisa che nella presente nota l’utilizzo del termine “clandestino” ha il solo scopo di richiamare il linguaggio utilizzato dai media, e non solo.

costituzionale appare particolarmente “nutrito” ed eloquente ², sia per l’aggravante che per il reato di “clandestinità”.

La dottrina più autorevole ha sottolineato immediatamente i profili di illegittimità costituzionale dell’aggravante in esame, soprattutto in riferimento all’art. 3 Cost. (principio di uguaglianza), in correlazione con l’art. 2 Cost. (riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo): “*Le persone umane non sono tutte uguali di fronte alla legge (penale): lo stesso reato se compiuto da uno straniero irregolare può comportare un aggravio di pena fino ad un terzo. L’aggravio di pena non è legato al tipo di reato o alle sue circostanze, ovvero alla condotta tenuta, ma unicamente alla condizione personale del soggetto, al suo essere e non al suo fare*”.³

Il rischio, non solo di politica criminale, ma per la democrazia nel suo complesso, è di creare sistemi penali differenziati, uno per i cittadini e i soggetti immigrati regolarmente e uno speciale per gli “irregolari”. L’esistenza di un diritto dei cittadini, un diritto speciale degli stranieri regolari ed un diritto speciale per gli stranieri irregolari, evidenzia un’ottica repressiva ⁴, che porta ad un’estensione impropria del sistema penale, e rischia la creazione di un diritto *ad hoc* che segue anche variegata logiche di utilità economica (es. le sanatorie e proposte specifiche per colf e “badanti” e la possibilità di sfruttamento della manodopera “clandestina” attraverso forme di lavoro forzato, come dichiarato da autorevoli organizzazioni internazionali⁵), ma soprattutto appare, e probabilmente è, discriminatorio, come sottolineato dal giudice del Tribunale di Latina.

² Il testo di alcune ordinanze è reperibile alla pagina http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=445&l=it

Sulla questione di legittimità costituzionale si citano le ordinanze emesse dalle seguenti autorità: Giudice di Pace di Pordenone, Tribunale di Pesaro, Tribunale di Trento; eccezioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione agli artt. 2, 3 co. 1 e 25 co. 2 Cost.: Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino, Agrigento e Bologna. Su tale questione si veda C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Im. Citt.*, 4/2009, pag. 38; G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla Legge 94/2009*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, pag. 85; P. MAROZZO DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. Im. Citt.*, 4/2009, pag. 129.

³ A. ALGOSTINO, *Il “Pacchetto sicurezza”, gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, in www.forumcostituzionale.it. Sulla stessa linea interpretativa G. PALOMBARINI, *La difficile società multietnica*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3-4/2008, pag. 17 e C. RENOLDI e G. SAVIO, *Legge 128/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3-4/2008, pag. 24.

⁴ Su tale aspetto, in riferimento al reato di “clandestinità”, si veda: P. PISA, *La repressione dell’immigrazione irregolare: un’espansione incontrollata della normativa penale?* in *Dir. Pen. Proc.*, spec. 1/2009, pag. 5; L. PEPINO, *le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della L. 94/2009*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, pag. 9; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, pag. 38; R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *L’ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto*, n. 34, pag. 29.

⁵ Su tale gravissimo problema si rinvia alle relazioni dell’ILO, che si sono espresse in modo esplicito proprio in termini di utilizzo di “lavoro forzato”, agevolato anche dalle politiche sull’incriminazione della clandestinità in Italia, che crea situazioni di grave vulnerabilità dei diritti fondamentali dei lavoratori migranti e forme di sfruttamento.

Si vedano a tal proposito:

-Rapporto della Commissione degli esperti dell’ILO, 2009, che in merito alla situazione italiana afferma: “*Il Comitato rileva inoltre le osservazioni conclusive del Comitato ONU per l’eliminazione della discriminazione razziale (CERD/C/ITA/CO/15, marzo 2008) che esprime preoccupazione per le notizie di gravi violazioni dei diritti umani dei lavoratori migranti irregolari, in particolare quelli provenienti da Africa, Europa dell’Est e Asia, tra cui maltrattamenti, bassi salari ricevuti con considerevole ritardo, lunghi orari di lavoro e situazioni di lavoro forzato (bonded labour) in cui parte dei salari vengono trattenuti dai datori di lavoro come corrispettivo per la sistemazione in alloggi sovraffollati senza elettricità o acqua corrente*” in http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103484.pdf, pag. 644;

-Rapporto del Comitato di Esperti dell’ILO sulla applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni del 24 febbraio 2010, che sui rischi conseguenti la previsione normativa del reato di “clandestinità” afferma: “*stigmatizzerà ulteriormente i lavoratori immigrati in situazione irregolare e aumenterà la loro vulnerabilità allo sfruttamento e alle violazioni dei loro diritti umani fondamentali*”;

- Segnalazione della CGIL all’ILO su Violazione delle Convenzioni 29 (1930) e 105 (1957) sul lavoro forzato, del 23 febbraio 2010, in http://www.cgil.it/Archivio/Immigrazione/documenti/Lavoro/CGIL_SegnalazioneOIL_ViolazioneConvenzioniLavoroForzato.pdf

Il giudice *a quo* nell'ordinanza in esame ha rilevato molti possibili aspetti di incompatibilità della circostanza della "clandestinità" con il dettato costituzionale interno, evidenziando altresì i contrasti anche con le fonti sovranazionali (Cedu e sistema dell'Unione Europea in particolare) e internazionali in tema di tutela dei diritti fondamentali⁶. Le evidenti "storture", non solo con le disposizioni interne ma anche quelle esterne, fanno emergere la maggiore gravità della situazione, che è stata debitamente segnalata anche dagli osservatori e dalle organizzazioni internazionali (soprattutto con particolare riferimento al reato di ingresso e soggiorno illegale)⁷.

La disamina del giudice rimettente ha riguardato anche la posizione giuridica dei minorenni⁸ rispetto alla "clandestinità", problematica quest'ultima fino ad oggi ancora poco approfondita e indagata, ma di indubbio interesse, che investe aspetti non solo strettamente giuridici⁹. L'ordinanza del Tribunale è stata emessa a seguito dell'ordinanza n. 277 del 29 ottobre 2009¹⁰ della Corte Costituzionale, con la quale la Consulta ha

⁶ Sull'incriminazione della "clandestinità" la dottrina ha espresso posizioni decise: S. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in Cass. pen. 2008, 05, 1727.; A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione Giustizia* n. 1, 2009, da pag. 83 e ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, da pag. 101 e ss.; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?* in *Dir. Pen. Proc.*, spec. 1/2009, pag. 5; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della L. 94/2009*, in *Dir. Imm. Citt.* 4/2009, pag. 9; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Citt.* 4/2009, pag. 38; E. ANTONINI, *"le altre modifiche al codice penale"* in *Dir. Pen. Proc.* 11/2008, da pag. 1357; A. CAPUTO, *L'aggravante della presenza "illegale" dello straniero e del cittadino comunitario* in *Questione Giustizia*, 5/2008, da pag. 214; A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante, in Diritto penale e processo, speciale immigrazione*, 1/2009, pag. 42; G. L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/014435_resource1_orig.pdf; A. MARGARA, *Delle leggi razziste e ingiuste*, in *Questione giustizia*, 2/2009, da pag. 53.

⁷ Organizzazione Internazionale del Lavoro – Conferenza Internazionale del Lavoro, 99^a Sessione – 2010 Rapporto del Comitato di Esperti sulla applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni con cui "Il Comitato, in linea con le conclusioni della Commissione della Conferenza, chiede che il Governo intraprenda un'analisi dettagliata dell'impatto delle recenti misure legislative finalizzate a combattere l'immigrazione irregolare, e specialmente dell'art. 10 bis del Decreto Legislativo n. 286/1998, sui diritti umani fondamentali dei lavoratori immigrati in situazione irregolare e sull'eguaglianza di trattamento di questi lavoratori rispetto ai loro diritti derivanti dal passato impiego, garantito dagli articoli 1 e 9 della Convenzione, in vista di valutare la necessità di emendare o revocare questo ed altri provvedimenti del DL n. 286/1998";

Si veda anche il documento *Criminalizzazione dei migranti in Europa: implicazioni nei diritti umani*, del Consiglio d'Europa in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579823&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679C2%A0>

⁸ Sulla possibilità di incriminazione dei minorenni *per il reato di "clandestinità" si veda L. MIAZZI e G. PERIN, "Legge n. 94/2009: peggiora la condizione dei minori stranieri"*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, pag. 190 e ss. e la sentenza Tribunale per i minorenni di Bari 11.12.2009, in *Dir. Imm. Citt.* 1/2010, pag. 252.

⁹ Sugli effetti, anche indiretti, in termini di diritto-dovere all'istruzione e atti dello stato civile per i minorenni, conseguenti l'introduzione del reato di "clandestinità" e sulle modifiche dell'art. 6 T.U. immigrazione apportate con la legge 94/2009, si veda:

in merito al diritto-dovere all'istruzione si rinvia all'approfondimento di E. ROZZI, *Il diritto dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno all'istruzione, alla formazione e all'accesso ai servizi socio-educativi dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/09*, in http://www.asgi.it/public/parser_download/save/scuola_minori_nota_rozzi_dicembre_2009.pdf nonché il Documento ASGI, che contiene un'accurata analisi, reperibile al sito http://www.asgi.it/public/parser_download/save/asgi_istruzione_dopolalegge94.09.pdf;

sulle problematiche relative alla registrazione anagrafica si rinvia a D. BELLUCCIO, *Brevi note sulla dichiarazione di nascita ed il riconoscimento dei figli da parte di genitori stranieri non regolarmente soggiornanti* in www.meltingpot.org.

¹⁰ Con l'ordinanza n. 277/2009 la Corte Costituzionale ha restituito gli atti anche al Tribunale di Ferrara. Quest'ultimo ha risollevato la questione poiché l'aggravante in questione prescinde da qualsiasi collegamento alla gravità del reato ed alla pericolosità dell'autore, come desumibile dalla condotta, in violazione dei principi costituzionali ex artt. 3, 25 e 27 Cost.. La misura della pena viene differenziata non in considerazione della qualità dell'azione bensì sulla base della circostanza che il colpevole abbia commesso il reato mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale, tanto che la medesima condotta criminale è punita diversamente se commessa da un clandestino o da un soggetto regolarmente presente nel territorio italiano. La configurazione della circostanza aggravante violerebbe il principio costituzionale di colpevolezza per il

restituito gli atti al giudice *a quo* al fine di procedere «*ad una nuova valutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza*» della questione di costituzionalità precedentemente sollevata, in ragione delle novità legislative nel frattempo sopravvenute e ritenute dalla Consulta “*tali da incidere, in via diretta o mediata, sulla disciplina introdotta dalla disposizione censurata*”, in particolare per “*l’essere le condotte riconducibili alla previsione censurata l’oggetto di un’autonoma incriminazione, e non la mera espressione di un illecito amministrativo*”.

La Corte Costituzionale ha così chiesto di rivalutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione inerente l’aggravante, a seguito dell’inserimento nel nostro sistema giuridico penale della fattispecie autonoma del reato di “clandestinità”.

Rimane allora il problema di valutare se sia ragionevole o piuttosto costituisca una fattispecie di discriminazione, la previsione di un’aggravante *ad hoc* per gli immigrati stranieri che si trovino nella condizione di persone illegalmente presenti sul territorio nazionale. Rimane insomma da comprendere se sia giustificata l’applicazione di una maggior pena per gli autori “clandestini” per il solo fatto di essere tali.

In tutte le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, relative all’aggravante ex art. 61, n. 11 bis non appare infondato il dubbio di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione dell’art. 3, come emerge dalle elaborazioni argomentative dei giudici¹¹ e nell’ordinanza oggetto di disamina¹². Non tutti i commentatori hanno però condiviso questa interpretazione. Al di là di ciò che emerge dai lavori parlamentari¹³ e dalle opinioni autorevoli espresse dai primi interpreti¹⁴ e da organi istituzionali¹⁵, per taluni è possibile una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie¹⁶ che ne eviterebbe l’illegittimità.

fatto materiale di reato, affiancandovi una diversa colpevolezza per lo *status* personale del soggetto agente. Sussisterebbe inoltre violazione dell’art. 3 Cost, a causa del difforme trattamento di condotte materiali identiche e dell’ingiustificata equiparazione tra la posizione del delinquente primario se straniero irregolare e quella del criminale recidivo o latitante. L’aggravante sarebbe illegittima anche per la sua intrinseca irragionevolezza, posto che la condizione dello straniero irregolare non potrebbe essere associata, in quanto tale, ad alcuna presunzione di pericolosità, non essendo fondata neppure sul peculiare disvalore connesso allo sfruttamento di una condizione soggettiva che faciliti la realizzazione dell’illecito. Sintesi dell’ordinanza è reperibile al sito http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contentioso_costituzionale/ordinanze/reati_pene/ord_trib_ferrara_20100120.doc.

¹¹ Tribunale di Ferrara 15 luglio 2008; Tribunale di Agrigento del 08/07/2008; del Tribunale di Trieste del 04/03/2009; Tribunale di Agrigento del 19/05/2009.

¹² Un commento sull’ordinanza interlocutoria della Corte Costituzionale n. 66/2010 in tema di aggravante della “clandestinità”, P. PALERMO, *Sull’incriminazione della diversità: l’aggravante della clandestinità, Il diritto penale della disuguaglianza e la Corte Costituzionale*, in *Diritto & Giustizia* del 13 marzo 2010.

¹³ Ben illustrati da G. L. GATTA, *Aggravante della ‘clandestinità’(art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/014435_resource1_orig.pdf

¹⁴ S. RODOTÀ, *L’uguaglianza calpestata*, ne *La Repubblica* del 22 maggio 2008, p. 1; V. ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale*, ne *Il Sole 24 Ore* del 22 maggio 2008, p. 7. Tra i costituzionalisti v. anche A. ALGOSTINO, *Il “Pacchetto sicurezza”, gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁵ Il parere, datato 1° luglio 2008, reso ai sensi dell’art. 10 l. 24 marzo 1958, n. 195, può leggersi in www.csm.it (cfr. il punto n. 4.2.), secondo cui “*La lettera f dell’art. 1 introduce, al n. 11 bis dell’art. 61 del codice penale, una nuova aggravante generale - e, dunque, applicabile a qualunque reato - per l’ipotesi in cui il colpevole abbia commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale. La sussistenza di tale aggravante ha come ulteriore effetto - come già segnalato - la inapplicabilità della sospensione della esecuzione della pena ai sensi dell’art. 656, comma 5, del codice di procedura penale. L’innovazione immette nel sistema un tasso di elevata rigidità e si fonda su una presunzione di pericolosità che non può automaticamente conseguire a uno status di mera irregolarità amministrativa (quale è l’illegale presenza nello Stato). Al riguardo, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 22/2007, ha, infatti, rilevato che la condizione di straniero irregolare in quanto tale non può essere associata a una presunzione di pericolosità e lo stesso reato di indebito trattenimento nel territorio nazionale dello straniero espulso ha come presupposto la «semplice condotta di inosservanza dell’ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili».*

¹⁶ S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, Cedam, 2009, da pag. 44, secondo cui “*Riteniamo infatti, che ciò che la norma punisce non è lo status di clandestino dell’autore del reato (altrimenti si verterebbe senza dubbio in una inaccettabile ipotesi di colpa d’autore), bensì la sua volontaria disobbedienza ad un ordine di*

L'opinione del giudice di Latina è decisamente opposta a quest'ultima ricostruzione interpretativa come si avrà modo di illustrare, ripercorrendo gli attenti richiami giurisprudenziali e normativi formulati dal giudice *a quo*.

I pronunciamenti della Corte Costituzionale sono dunque molto attesi sia sul fronte dell'aggravante che su quello della fattispecie autonoma di reato e sono soprattutto strettamente correlati, poiché in entrambi i casi la violazione dell'uguaglianza attraverso l'adozione di misure incriminatrici fortemente discriminatorie, è l'argomento dominante e sostenuto da tutti i giudici rimettenti.

1 La rilevanza della questione proposta a seguito delle modifiche legislative

La questione centrale attiene al mantenimento della rilevanza del dubbio di costituzionalità, a seguito delle modifiche legislative intercorse successivamente all'originaria proposizione della questione di legittimità.

La norma impugnata è stata infatti modificata, in primo luogo, dalla legge di conversione del provvedimento d'urgenza che l'ha introdotta (art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), così che attualmente aggrava il reato *«l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»* (il precedente testo contestato nel presente giudizio era: *“se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale”*).

In epoca ancora successiva è stato stabilito che *«la disposizione di cui all'art. 61, numero 11-bis, del codice penale si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi»* (comma 1 dell'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94 Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

Ad avviso del giudice rimettente, nonostante le novelle, la norma ha mantenuto il medesimo nucleo precettivo. Infatti *“i rilievi mossi all'art. 61 n. 11 bis c.p. con la precedente ordinanza di rimessione, sono oggi riferibili alla medesima norma, riprodotta nella diversa e successiva disposizione che risulta identica nel nucleo precettivo essenziale, tanto da rendere inalterato, ad avviso di questo Giudice, l'oggetto del giudizio (cfr. Corte cost. sentenza n.84/1996)”*.

Le modifiche apportate in seguito alla conversione del decreto e dalla successiva legge di interpretazione autentica, ad avviso del remittente, riguardano solo la formulazione linguistica e non la sostanza della disposizione impugnata, rimasta identica in relazione al caso concreto oggetto dell'esame, tanto da non avere comportato alcuna successione di leggi penali.

1.1. Rapporti tra aggravante e fattispecie di reato

Nel 2009 il legislatore ha, inoltre, introdotto nell'ordinamento la nuova fattispecie criminosa di *«ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato»* (art. 10-bis del decreto legislativo 25 luglio 1998, n.286, inserito con l'art. 1, comma 16, della citata legge n. 94 del 2009) che si applica allo straniero che fa ingresso o si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni contenute nello stesso d.lgs. n. 286 del 1998 o nell'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68 (Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio).

Anche detta disposizione per il giudice *a quo* non incide sul profilo della rilevanza della questione di legittimità dell'art. 61 n. 11 bis c.p.: *“in base alla regola espressa nella prima*

allontanamento dal territorio nazionale legalmente dato dall'autorità competente”. Ad avviso dell'autore ad essere punito non è dunque uno status, ma la volontaria disobbedienza ad un ordine di allontanamento impostogli dalla legge, *“La ratio della disposizione penale in questione, pertanto, è la medesima di quella che sorregge le disposizioni di cui all'art. 650 c.p. e dell'art. 14, 5° c. t.u. imm.”*.

parte dell'art. 61 c.p., valevole per tutte le aggravanti comuni, la circostanza non è configurabile quando la situazione da essa descritta – cioè la presenza illegale sul territorio nazionale dell'agente, al momento della commissione del reato – costituisce già elemento costitutivo di un reato, anzi è esso stesso il reato. Infatti in questo caso vale il principio del *ne bis in idem* sostanziale che esclude la imputabilità più volte ad uno stesso soggetto del medesimo fatto. E ciò vale ancor di più nel caso di specie in cui, altrimenti, con ulteriori profili di incompatibilità costituzionale, si farebbe addirittura valere contro la stessa persona più volte, non un fatto, ma una condizione soggettiva”.

L'aggravante in esame è, pertanto, incompatibile non solo con il delitto di cui all'art. 14, comma 5 *ter* t.u. immigrazione, che punisce lo straniero espulso – in quanto illegalmente presente in Italia – il quale, senza giustificato motivo, si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine, impartito dal questore, di lasciare il territorio entro cinque giorni; ma a maggior ragione con il cd reato di *immigrazione clandestina* (art. 10 *bis* t.u. immigrazione). Questo infatti, come appunto l'aggravante (che utilizza il verbo “*si trova*”), punisce non soltanto chi si trattiene, ma anche chi fa ingresso sul territorio, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione.

Quindi, per entrambe le disposizioni penali (il reato e l'aggravante) è sufficiente la presenza irregolare dell'extracomunitario o dell'apolide nello Stato, e ciò a prescindere che la condizione di irregolarità sia contestuale all'ingresso; che sia intervenuta successivamente ad un ingresso lecito (permesso di soggiorno non rinnovato per difetto dei requisiti, visto turistico scaduto, ecc.); che sia espressamente conosciuta dall'agente la natura penalmente illecita.

Nel caso oggetto di esame da parte del giudice, nel momento in cui erano stati commessi i fatti il reato di “clandestinità” non era ancora entrato in vigore, pertanto, in forza del principio di legalità sancito dall'art. 25 della Costituzione e dall'art. 2 comma 1 c.p., la presenza nello Stato dei soggetti imputati, privi del permesso di soggiorno, il 16 giugno del 2008 (data di consumazione del reato aggravato), non aveva autonomo rilievo penale e quindi possono essere presi in considerazione nel giudizio solo come circostanza aggravante.

Ad avviso del giudice *a quo* non può ipotizzarsi un problema di compatibilità (o assorbimento) tra la citata aggravante e la nuova fattispecie incriminatrice proprio perché non contestata, né contestabile ai sensi degli artt. 25 della Costituzione e 2 comma 1 c.p.

In conclusione il giudice remittente ritiene che il mutamento del quadro legislativo non abbia fatto venire meno la rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p., avuto riguardo non solo alla specificità del caso concreto, ma anche in ragione della proposta lettura delle nuove disposizioni legislative.

2 . L'uguaglianza negata

Nucleo centrale della disamina elaborata dal giudice *a quo* è soprattutto la natura giuridica dell'aggravante e la sua compatibilità con il principio di uguaglianza.

La circostanza in esame, poiché attiene allo *status* personale di straniero presente illegalmente sul territorio dello Stato, è qualificabile come circostanza aggravante di tipo soggettivo, connessa alle “*qualità personali del colpevole*” e poiché è applicabile indistintamente a qualsiasi fattispecie di reato, a prescindere dal tipo e dalle circostanze di fatto che lo caratterizzano - con un aumento di pena generale e costante fino a un terzo ex artt. 64 e 65 c.p. -, deve considerarsi una circostanza aggravante comune, e ciò anche in ragione della sua collocazione entro l'art. 61 c.p..

Le presunte affinità con le circostanze ex art. 61, n. 9 c.p. (“*l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto*”), ed ex. 61, n. 11 c.p. (“*l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di*

relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità) per il giudice rimettente sono prive di fondamento. Nelle ipotesi richiamate, l'applicazione dell'aggravante comune soggettiva non discende automaticamente dalla condizione o qualità personale dell'agente, ma dalla verifica in concreto che quella condizione abbia effettivamente aggravato la condotta. Solo dopo la valutazione del giudice, sul maggiore disvalore del fatto per la sussistenza di tutti i presupposti dell'aggravante, si perviene all'applicazione dell'aumento di pena.

Forse, secondo il giudice, l'unico caso assimilabile a quello dell'art. 61 n. 11 bis c.p., in cui invece l'applicazione della circostanza discende automaticamente dalla condizione dell'agente, è quello della recidiva prevista dall'art. 70 ultimo comma c.p. *“Questo istituto però, non è logicamente e giuridicamente equiparabile alla fattispecie de qua, in quanto la recidiva presuppone la condanna dell'agente per una condotta di per sé, ed autonomamente, illecita sul piano penalistico. Ciò che ne giustifica l'automatica applicazione indipendentemente dalla relazione della stessa con la fattispecie astratta di reato cui è connessa, si giustifica in ragione del particolare disvalore attribuito dall'ordinamento a chi abbia già commesso altri illeciti penali, perciò accertati dal giudice”*.

Per alcuni commentatori la 'clandestinità' e la recidiva non sembra che abbiano, almeno dal punto di vista strutturale, alcunché in comune: nella recidiva del reo l'aggravamento della pena riguarda soggetti dei quali è già stata accertata una responsabilità penale, o che sono stati raggiunti da un provvedimento giudiziale che ne presuppone la pericolosità. La recidiva si riferisce a chi commette un delitto non colposo dopo essere stato condannato con sentenza definitiva per un precedente delitto non colposo, rivelandosi così insensibile all'ammonimento della precedente condanna. Ed è questa insensibilità che può o deve indurre il giudice a formulare un giudizio di accentuata capacità a delinquere, che giustifica l'aumento di pena per il recidivo.

L'aggravante in esame, prevede per il 'clandestino' un aumento di pena per il solo fatto di aver commesso un reato mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale. Non è necessario che quel reato sia stato commesso dopo l'intervento di un provvedimento amministrativo, sanzionato con l'espulsione per l'illegale ingresso o permanenza sul territorio nazionale o, dopo la pronuncia di una sentenza definitiva di condanna¹⁷. L'aggravante della "clandestinità" e la recidiva hanno dunque strutture giuridiche differenti.

2.1 Violazione dell'art. 3 della Costituzione

Ad avviso del giudice *a quo* l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis c.p. è una fattispecie totalmente *“eccentrica”* rispetto al sistema e, dunque, irragionevole ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, *“perché non consente al giudice alcuna valutazione in concreto della connessione tra la qualità di straniero illegittimamente presente nello Stato e la condotta criminale per la quale viene giudicato (come invece avviene per le altre aggravanti comuni soggettive)”*.

La disposizione impugnata sembra ulteriormente confermare le considerazioni più volte prospettate dalla Corte Costituzionale, in relazione alla *“sproporzione e alla irragionevolezza della legislazione interna sulla condizione dello straniero irregolare, e si scontra frontalmente con l'orientamento nuovamente espresso dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 22 del 2007”*. In quest'ultima decisione citata, la Consulta tiene in considerazione le esigenze di controllo dei flussi migratori che rappresentano *“un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica ne' sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione”*. Nonostante tale premessa però *“il reato di indebito trattenimento nel territorio nazionale dello straniero*

¹⁷ Cit. G. L. GATTA

espulso riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili”.

L'utilizzo improprio dell'incriminazione e della sanzione penale, utilizzata come strumento di creazione di statuti discriminatori, che rievocano recenti memorie storiche¹⁸, è la negazione dell'uguaglianza stessa.

Il giudice *a quo* ritiene che proprio il divieto di discriminazioni soggettive costituisca il contenuto del principio generale d'uguaglianza ed eventuali trattamenti differenziati sono compatibili con l'art. 3 Cost. solo se ragionevolmente giustificati: *“Nel caso in esame la motivazione dell'aggravamento sanzionatorio è data dalla presunzione assoluta, iuris et de iure, della maggiore capacità a delinquere dello straniero extracomunitario e dell'apolide per il solo fatto di trovarsi irregolarmente nel territorio dello Stato”.*

Il giudice rimettente accoglie dunque quell'orientamento secondo cui ciò che si punisce non è un fatto ma un modo di essere.

La circostanza, in base alla sua formulazione trova applicazione a prescindere dalla accertata pericolosità del soggetto, basta il mero dato formale della commissione di un reato nel momento in cui il soggetto si trovava illegalmente nel territorio dello Stato. *“(U)na presunzione iuris et de iure di pericolosità fondata sulla mera presenza nel territorio dello Stato in violazione della disciplina amministrativa ex art. 1 T.U. immigrazione 286/1998 l'art. 61, n. 11 bis c.p. è una tipica fattispecie della legislazione penale dell'emergenza e della sicurezza, in cui si dà rilevanza penale alla mera appartenenza dell'autore a una categoria soggettiva (in questa ipotesi l'immigrato irregolare).”*¹⁹

“Una richiesta di “aiuto” può essere definita quella degli extracomunitari provenienti da Paesi segnati dalla guerra, dalla carestia, dalla povertà, dalla violenza di feroci dittature, da disastri ambientali, da persecuzione”, come nel caso della mendacità²⁰, afferma il giudice *a quo*, richiesta alla quale il sistema risponde, come un tempo, con l'incriminazione.

2.2. Uguaglianza e non discriminazione nel sistema di tutela multilivello

Un aspetto interessante esaminato dal giudice *a quo* attiene inoltre il fondamento dell'uguaglianza e della non discriminazione nelle fonti sovranazionali, d'altronde *“l'interpretazione del contenuto della tutela dei diritti fondamentali deve essere necessariamente sistemica e reticolare (anche in virtù del polmone aperto con l'art. 117/1 della Costituzione), in un confronto continuo tra la dimensione costituzionale dello Stato, quella della Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo (CEDU), così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, e quella dell'Unione Europea (con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cd Carta di Nizza)”*.

L'apertura verso i sistemi multilivello di tutela denota un'importante sensibilità e attenzione alle recenti evoluzioni giurisprudenziali, anche interne, in tema di rinnovato ruolo delle fonti

¹⁸ Su tale punto si rinvia D. PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Riv. Pen. Proc.*, 9/2008, pag.107. più in generale si veda A. MARGARA, *Delle leggi razziste e ingiuste*, in *Quest. Giust.*, 2/2009, da pag. 53.

¹⁹ A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. Pen. Proc.*, speciale immigrazione, 1/2009, pag.42

²⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 51 del 1959.

esterne, e della Cedu in particolare²¹, nel nostro sistema, che inevitabilmente incide anche su quello penale, notoriamente connotato dal principio di riserva di legge nazionale²².

Si prospetta dunque, ed è anzi già attuale, un nuovo panorama integrato delle fonti, in cui il giudice ordinario nazionale è chiamato ad agire su un piano “multilivello dei diritti”.

Inevitabilmente la lettura dell'art. 3 della Costituzione Italiana deve avvenire anche “*in combinato disposto con il principio di non discriminazione, suo diretto risvolto, che costituisce il nucleo centrale di tutte le Carte sovranazionali e può ritenersi patrimonio della comunità umana. Detto principio, oltre ad essere sancito nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 agli artt. 2 e 7 e nel Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici all'art. 2, in ambito europeo è consacrato: a) nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il cui art. 14 afferma: “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”.*

L'uguaglianza e la non discriminazione sono dunque un “*patrimonio della comunità umana*” del quale anche il diritto penale deve prendere atto e ad esso conformarsi.

L'uguaglianza dunque non solo come criterio di valutazione e coerenza del sistema legislativo ma anche e soprattutto come mezzo attraverso il quale deve essere garantito il godimento di ogni diritto previsto dalla legge senza discriminazione, come indicato nell'art. 1 del XII Protocollo Addizionale della Cedu: “1. *Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione. 2. Nessuno può costituire oggetto di una discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica che sia fondata segnatamente sui motivi menzionati nel par. 1”*²³.

Il giudice rimettente cita inoltre anche la Carta Dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, cd Carta di Nizza²⁴, vincolante dal primo dicembre 2009, il cui Capo III (titolato

²¹ Su tale argomento si veda L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?* in *DUDI*, fasc. 2/2008; A. BULTRINI, *La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte Costituzionale* in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1/2008; R. CAFARI, L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'unione* in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1/2008; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quad. costituzionali* 1/2008.

²² Sull'argomento R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2004, p. 48; F. CARINGELLA F. e R. GAROFALI, *Giurisprudenza penale* 2005, Giuffrè, p. 25; A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.* 1/2009, da p. 37 ss.

²³ Protocollo non ancora ratificato dall'Italia, seppur firmato, come evidenziato dal giudice *a quo* nell'ordinanza.

²⁴ La bibliografia sulla Carta di Nizza è molto nutrita, si citano, senza pretesa di completezza, le seguenti fonti: A. CELOTTO, G. PISTORIO, *“L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali”*, volume di G. BISOGNI, G. BRONZINI e V. PICCONE, “I giudici e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea”, Taranto, CHIMIENTI, 2006; R. CONTI, *La Corte Costituzionale sui rapporti fra ordinamento interno e CEDU ed il ruolo del giudice attraverso l'occupazione acquisitiva* in www.europeanrights.eu; P. COSTANZO- L. MEZZETTI- A. RUGGERI *“Lineamenti di diritto Costituzionale dell'Unione Europea”*, G. Giappichelli, Torino 2006; G. DEMURO, *“I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'Uomo”*, Relazione al Convegno su “La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa”, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002; A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte Europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Giuffrè 2005; E. PACIOTTI, *“La Carta dei diritti nel processo di costituzionalizzazione dell'Ordinamento europeo”* IN *La Carta e Le Corti- I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, ed. Chimienti, 2007; E. PACIOTTI, *“La seconda proclamazione della Carta dei Diritti e il trattato di riforma”*, in www.europeanrights.eu; E. PAGANO *“dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo”* in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 1/2008; C. PINELLI, *“Il difficile coordinamento tra le Corti nella Tutela multilivello europea”* in già cit. *La Carta e Le Corti*, pag. 304; O. POLLICINO e V. SCIARABBA *“La Carta di*

UGUAGLIANZA) prevede l'Articolo 20, secondo cui: *“Tutte le persone sono uguali davanti alla legge”* e l'art. 21: *“1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.*

2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”. La stessa Corte Costituzionale a tal proposito, come ricordato dal giudice a quo, nel disegnare il nuovo ruolo reticolare dei protagonisti di questa attività di collegamento di norme e di fonti ha affermato che *“è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali”* (così Corte Cost. sent. 317/2009).

Ad avviso del giudice del Tribunale di Latina, dalle fonti sopracitate emerge come, sia nel sistema costituzionale interno, sia in quello europeo, l'obiettivo perseguito è quello di promuovere l'uguaglianza di fatto, ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza.

Pertanto, *nel caso in cui un trattamento sia sospettato, come nella specie, di generare risvolti (diretti o indiretti) discriminatori, le ragioni addotte per giustificarlo dovrebbero essere ancora più fondate e, soprattutto, necessarie. Il problema è, dunque, quello di accertare se, in relazione all'articolo 61 n. 11 bis c.p., avuto riguardo alla lettura integrata dell'art. 3 Cost con i principi sovranazionali richiamati, esista una obbiettiva e ragionevole giustificazione al più grave trattamento penale applicato all'autore di un reato per la sua condizione di persona illegalmente presente nello Stato.*

Pertanto, qualora il medesimo fatto-reato, che rende le situazioni tra loro identiche, e non analoghe, viene punito in modo differente in ragione soltanto della presenza – o meno - di una *“caratteristica personale”* del suo autore, si configura una discriminazione espressione della violazione dell'uguaglianza.

L'essere un immigrato irregolare è la causa dell'aggravamento della fattispecie criminale compiuta, qualunque essa sia (anche se trattasi ad esempio di un'ingiuria, reato che con l'ordine pubblico o la sicurezza non ha nulla a che vedere). Prescinde del tutto dall'esistenza di qualsivoglia collegamento o nesso tra la commissione del reato, quale che sia, e l'illegale presenza dell'autore sul territorio nazionale. Si è puniti ulteriormente (o solo, nel caso della fattispecie del reato di clandestinità) perché si è, indipendentemente da ciò che si fa e da quanto l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma penale sia maggiormente messo in pericolo o lesa.

Nizza oggi, tra *“sdoganamento giurisprudenziale”* e Trattato di Lisbona in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2008; V. SCIARRABBA, *“Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte Costituzionale e.....legislatore”* in www.associazionedeicostituzionalisti.it; S. RODOTA' in *“Nel silenzio della politica i giudici fanno l'Europa”* in *“La Carta e Le Corti- I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello”*, Taranto, ed. Chimienti, 2007.

Anche per il Tribunale di Trieste (ordinanza del 04/03/2009) l'aumento di pena è applicato all'agente in forza della sola condizione di straniero presente illegalmente nello Stato, quindi automaticamente in forza di un mero *status* personale. Verrebbe dunque meno il principio verso cui è diretto il nostro sistema penalistico, che fonda anche la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale, e non su un «a priori» elevato a presunzione di pericolosità sociale. Da ciò, secondo la valutazione del giudice, ne deriva un'irragionevole disparità di trattamento penale per effetto della quale, *“in dipendenza della condizione di clandestino in cui versa l'autore, fatti oggettivamente identici o analoghi sono sottoposti a pene sensibilmente diverse e fatti oggettivamente diversi sono sottoposti alla medesima pena”*. Solo l'adeguamento del trattamento punitivo alla specificità del caso concreto consente di assicurare un'effettiva eguaglianza di fronte alle pene, contribuisce a rendere «personale» la responsabilità penale e a finalizzare la pena alla rieducazione del condannato.

Il Tribunale di Livorno, nell'ordinanza n. 16 del 4/2/2009 ha affermato lo stesso principio secondo cui nell'aggravante ex art. 61, n. 11 bis del c.p. *“la previa, aprioristica attribuzione di un maggior disvalore al fatto posto in essere dallo straniero irregolare rischia di far scivolare dalla colpevolezza al delitto d'autore. Recependo il diffuso allarme sociale che lega l'immigrazione alla percezione di un preteso aumento dei fenomeni criminali, si qualifica il fatto per essere più grave solo perché commesso da un tipo d'autore (il clandestino, lo straniero) e non perché in virtù di una ragionevole e razionale valutazione, come invece è per le circostanze già analizzate sopra, si valorizza il senso di una manifesta ribellione al potere coercitivo già esercitato nei confronti del soggetto. In altre parole, il fatto sarebbe più grave perché l'autore appartiene a una certa categoria di persone.”*

2.3.Discriminazione rispetto ai cittadini comunitari illegalmente presenti nel territorio

Secondo le argomentazioni giuridiche seguite dal giudice remittente del Tribunale di Latina ad acuire ulteriormente il problema, sotto il profilo della irragionevolezza dell'art. 61 n. 11 bis c.p. in relazione all'art. 3 della Costituzione è, il fatto che attraverso la norma interpretativa, introdotta dal citato comma 1 dell'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94, siano stati esclusi, dal novero dei soggetti cui si applica l'aggravante in esame, i cittadini dell'Unione Europea: *“Infatti, stabilito che anche il cittadino comunitario può trovarsi illegalmente nel territorio dello Stato (si veda l'art. 235 c.p. come modificato ai sensi del D.L. 92/2008, convertito nella L. 24 luglio 2008 n. 125, nonché il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 “Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri” che configura delle ipotesi di illegale presenza in Italia), non è dato comprendere perché a parità di illegale presenza (si pensi, ad es., alla situazione di due persone entrate in Italia in violazione di un precedente provvedimento di espulsione/allontanamento) il reato commesso dal cittadino extracomunitario o dall'apolide vada punito più gravemente di quello commesso dallo straniero cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea”*.

In tal modo si vengono a costituire regimi giuridici differenti e soprattutto diverse rilevanze penali (o irrilevanze) basate sul fatto di essere cittadino italiano o dell'Unione, oppure extracomunitario.

“È un principio giuridico acquisito che le differenze di trattamento sono legittime se superano uno scrutinio di ragionevolezza della scelta legislativa. Nel caso di specie, invece, proprio in forza della “norma di interpretazione autentica” si attua una doppia irragionevole disparità di trattamento del cittadino extracomunitario illegalmente presente

nel Paese (e dell'apolide): nei confronti del cittadino italiano e nei confronti del cittadino di altro Paese membro dell'Unione Europea".

La norma di "interpretazione autentica" sopracitata, è stata opportunamente inserita per evitare censure in sede comunitaria, specie alla luce del parere reso in materia dal Parlamento Europeo il 15 settembre 2008 in cui si afferma *"un'aggravante della pena inflitta per la commissione di un reato, fondato esclusivamente sulla qualità di cittadino europeo non nazionale e non in regola con il permesso di soggiorno, sarebbe discriminatorio e contrario ai criteri ispiratori della direttiva 2004/38 ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia"*.

Si fa sostanzialmente discendere da un dato estrinseco, del tutto estraneo alla persona, come quello dell'ingresso del Paese di appartenenza all'Unione Europea o ad altra collocazione geografica, l'applicabilità di una norma penale, e sempre a prescindere dall'accertamento della sua concreta ed effettiva pericolosità.

L'essere, o la semplice provenienza, acquista dunque rilevanza penale in termini di maggiore o minore gravità della fattispecie criminale, a prescindere dall'offensività della condotta o dal fatto materiale in quanto tale. L'essere, insomma, sembra prevalere da un punto di vista dell'incriminazione della "clandestinità", rispetto al fare e all'offendere l'interesse tutelato dalla norma.

Medesimo orientamento è stato espresso nell'ordinanza del Tribunale di Ferrara (ord. 121 del 26/1/2010²⁵) secondo cui *"La violazione del principio di eguaglianza è ancora più evidente oggi, dopo l'intervento nel 2009 del legislatore interprete. Per quanto entrambi illegalmente presenti sul territorio nazionale, infatti, si valuta più pericolosa (giustificando per questo un aggravio di pena) la presenza di uno straniero extracomunitario o di un apolide rispetto a quella di uno straniero comunitario. L'effetto giuridico è costituzionalmente irragionevole: la pena applicata per un identico reato varierà a seconda che il soggetto agente sia marocchino o rumeno, tunisino o bulgaro, albanese o polacco, apolide o cittadino comunitario"*

3. "Clandestinità" e minorenni

Un ulteriore merito delle argomentazioni giuridiche sostenute dal giudice del Tribunale di Latina è quello di aver citato l'incidenza della normativa penale relativa alla "clandestinità" sulla posizione giuridica dei minorenni.

Tra le deroghe apportate alla disciplina dell'immigrazione, in nome della tutela del minore, vi è infatti quella del divieto di espulsione (art. 19 del d.lgs 286/1998), salvo che questa misura sia disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13 comma 1). A prescindere dall'essere entrato irregolarmente, il minore ha diritto di soggiornare sul territorio dello Stato, usufruendo di uno speciale permesso di soggiorno temporaneo²⁶, proprio per consentire quegli interventi protettivi che il legislatore ha introdotto in attuazione della Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo (ratificata dall'Italia con la L. 176/1991): *"Da ciò consegue che l'aggravante in esame o non può essere contestata agli autori dei reati extracomunitari irregolari minorenni, perché per essi la permanenza nel territorio nazionale è comunque consentita, o che, ove contestata, contrasterebbe in modo insanabile con la disciplina in materia di immigrazione minorile"*

²⁵ In <http://www.cortecostituzionale.it/>

²⁶ I minori stranieri non possono essere considerati "irregolarmente soggiornanti". Al divieto di espulsione del minore straniero previsto dall'art. 19 co. 2, lett. a) T.U. 286/98, infatti, corrisponde il diritto del minore stesso ad ottenere un permesso di soggiorno fino al raggiungimento della maggiore età come previsto dall'art. 28, co. 1, lett. a) Dpr. 394/99. Indipendentemente dalla posizione giuridica dei genitori, non è possibile considerare un minore straniero in stato di irregolarità quanto alla sua presenza sul territorio dello Stato (ordinanza del Tribunale di Milano dell'11.2.2008). In merito al diritto all'istruzione si rinvia all'approfondimento di E. Rozzi:

Il diritto dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno all'istruzione, alla formazione e all'accesso ai servizi socio-educativi dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/091, in http://www.asgi.it/public/parser_download/save/scuola_minori_nota_rozzi_dicembre_2009.pdf

che, infatti, nel minore straniero irregolare vede un soggetto vulnerabile da proteggere e non una minaccia per lo Stato”.

Le problematiche connesse con la contestabilità sia dell'aggravante²⁷, ma ancora di più della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale ai minorenni, apre scenari inquietanti. Le questioni coinvolte non attengono solo alla competenza giurisdizionale, che nel caso dei minori è sempre del Tribunale *ad hoc* e non certo del Giudice di pace, come previsto in via generale per il reato di “clandestinità”, ma anche problematiche sostanziali, già evidenziate brevemente dal giudice di Latina, ma anche preannunciate dalla dottrina e recepite nelle prime decisioni in merito. L'esigenza di una lettura coordinata delle norme costituzionali e convenzionali e di un'interpretazione adeguatrice del dettato normativo appare più che mai necessaria. Il minore straniero che si trova nel territorio nazionale in stato di abbandono, anche se privo dei documenti attestanti la regolarità dell'ingresso e del soggiorno, necessita di protezione, in conformità alla legislazione nazionale in materia di adozione, affidamento e interventi urgenti.²⁸

Anche nel caso di minore accompagnato, la configurabilità del reato è inoltre messa in dubbio dal fatto che sarebbe carente l'elemento psicologico della contravvenzione “*essendosi verosimilmente il minore affidato a soggetti adulti e, verosimilmente, a legittime aspettative di tutela*”²⁹.

4. Altri profili di illegittimità

4.1. Violazione dell'art. 13

Un ulteriore elemento di contrasto con il dato costituzionale è stato ravvisato nella sostanzialmente ipotesi di presunzione *ex lege* di pericolosità del soggetto, tale da imporre

²⁷ Si veda l'autorevole parere del Consiglio Superiore della Magistratura (Delibera del 10 giugno 2009 «*Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*») e dell'Associazione Italiana Magistrati per i Minorenni e la Famiglia (“Documento dell'AIMMF sul ddl C. 2180 denominato “pacchetto sicurezza” del 30 aprile 2009”).

Su alcuni aspetti relativi agli effetti indiretti dell'inserimento del reato di clandestinità e la modifica all'art. 6 T.U. immigrazione in materia di atti dello stato civile si rinvia al documento dell'Associazione Magistrati minorili reperibile nel sito http://www.minoriefamiglia.it/download/anm_decreto_sicurezza.PDF, che si cita per estratto: DOCUMENTO DELLA COMMISSIONE MINORI ANM SUGLI EMENDAMENTI GOVERNATIVI APPORTATI AL PACCHETTO SICUREZZA, “*Il disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008 in materia di sicurezza pubblica comprende, nel testo approvato alla Camera dei Deputati il 14 maggio 2009, alcuni emendamenti proposti dal Governo. Essi tuttavia lasciano inalterati i profili di criticità rispetto all'interesse dei minori già evidenziati in numerosi documenti. In particolare, il testo licenziato dalle Camere non è stato modificato nella parte in cui non consente la registrazione dei figli dei clandestini nell'atto di nascita (modifica all'art. 6 comma 2 tu immigrazione, come modificato dall'art. 45 lett. F, ora art. 20 lett. F ddl), nonostante il Parlamento fosse stato debitamente informato della palese incostituzionalità di tale norma (si richiama, in proposito, il documento dell'associazione dei Giudici Minorili e della Famiglia). Detta previsione contrasta con il diritto del minore alla propria identità personale (nel quale rientra lo status filiationis) e cittadinanza, che viene riconosciuto dall'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia, la cui limitazione comporterebbe l'esposizione dei minori al pericolo di falsi riconoscimenti di terzi e aggiramenti fraudolenti della legge sull'adozione. In ogni caso, l'abnorme ed iniqua conseguenza di tale modifica normativa è che, non potendo il minore essere riconosciuto entro soli dieci giorni, si aprirà automaticamente la procedura di adottabilità. Sarebbe opportuno prolungare il termine previsto per l'apertura di una procedura di adottabilità, al fine di non determinare una impossibilità in concreto di registrazione dei figli di clandestini nei termini i legge, con il timore che tale situazione, nel tempo, possa indurre le clandestine a partorire senza assistenza ospedaliera con grave rischio per la salute delle donne e dei nascituri destinati a rimanere minori invisibili. Né pare che i lamentati profili di incostituzionalità siano esclusi dal fatto che la madre e il coniuge possano chiedere un permesso per maternità, ai sensi dell'art. 19 u.c. lett. D), come modificato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 376/2000. (..) Il rapporto di filiazione dovrà essere provato in via indiretta (per esempio attraverso il certificato di assistenza al parto, a mezzo testimoni etc.), con esiti incerti e la verosimile possibilità di un successivo contenzioso in via amministrativa”.*

²⁸ Trib. per i minorenni di Bari, decreto 11/12/2009, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2010, pag. 252-253 con nota di L. MIAZZI

²⁹ Cit. Trib. per i minorenni di Bari, decreto 11/12/2009.

un aumento di pena a prescindere da una qualsiasi valutazione in concreto da parte del giudice.

Il decreto legge n. 92 del 2008, come convertito, con la previsione impugnata ha ulteriormente aggravato la disciplina sanzionatoria, nonostante l'indicazione contenuta nella sopra citata sentenza n. 22 del 2007 della Corte Costituzionale, che aveva richiamato il legislatore ad avvedersi degli squilibri denunciati dai giudici remittenti per invitarlo ad *“un intervento legislativo che ben più efficacemente potrebbe ripristinare un sistema sanzionatorio dagli equilibri compatibili coi valori costituzionali evocati. In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate”*.

Per il giudice a quo *“la norma penale, nella specie l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis c.p., potrà sacrificare o comprimere detto diritto purché sia sostenuta dal perseguimento o dalla realizzazione di altri interessi di pari rango costituzionale (sentenze della Corte Costituzionale 63/1994, 81/1993, 368/1992, 366/91), dei quali, però, nella specie, non si riesce ad intravedere il fondamento. Il controllo del fenomeno migratorio illegittimo, infatti, ammesso che rientri tra gli interessi di rango costituzionale e non di mera politica del diritto, non sembra comunque equiparabile a quello della tutela della libertà personale - intesa come protrazione della condizione di restrizione - in relazione a categorie di soggetti la cui pericolosità sociale non è in alcun modo dimostrata”*.

Il giudice remittente richiama inoltre altre decisioni della Consulta in base alle quali *“la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità”*; ma tale discrezionalità incontra un insuperabile limite *“costituito appunto dalla conformità a Costituzione, ovvero dalla non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative operate”* (si vedano, per tutte, la sentenza n. 148 del 2008, la sentenza n. 206 del 2006 e l'ordinanza n. 361 del 2007).

La motivazione della richiamata sentenza n. 58 del 1995 della Corte Costituzionale consente appunto di affermare che la non ragionevolezza dell'aggravante in esame discende proprio dal profilo aprioristico di pericolosità che introduce, senza alcun accertamento della sua sussistenza in concreto.

Anche nell'ordinanza del Tribunale di Agrigento del 19/05/2009 emerge la difficoltà di giustificare in chiave di pari trattamento, ragionevolezza e offensività l'aggravante. Ad avviso del giudice non sembra, infatti, anche sulla scorta di alcune considerazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 22/2007, che tale condizione possa legittimamente essere individuata come indice di pericolosità del soggetto agente: *“nulla, infatti, può far ritenere che chi giunga o rimanga in Italia in violazione delle leggi sull'ingresso e la permanenza degli stranieri manifesti una propensione a delinquere”*.

Si rischia di far discendere da una presunta condizione di indigenza, un'ulteriore presunzione di pericolosità. La circostanza, ad avviso dei giudici rimettenti, sembra comportare una criminalizzazione di condizioni di vita del reo, che solo in via lontana ed ipotetica sono collegate con l'offesa al bene protetto dalla norma incriminatrice.

4.2 Violazione dell'art. 25 comma 2 della Costituzione

In merito alla compatibilità della circostanza aggravante con l'art. 25 c. 2 della Costituzione, il giudice a quo richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 409 del 1989 laddove afferma che *“il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte*

criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale l'ambito del penalmente rilevante".

Deve sussistere un legame tra sanzione penale e commissione di un fatto offensivo, anche alla luce della "individualizzazione" della pena che impone al giudice la valutazione, in concreto, della incidenza della qualità personale dell'agente sulle specifiche esigenze dei singoli casi, *"al fine di evitare la punizione di una pericolosità presunta e l'adesione ad una ormai definitivamente tramontata concezione del "tipo normativo d'autore", volta a cogliere la tipologia etico-politica degli autori del fatto-reato rispondendo alle esigenze sentite e rappresentate dalla coscienza sociale.*

Se, come nella specie, l'aumento di pena è applicato all'agente per la sola condizione di extracomunitario (o apolide) presente illegalmente nello Stato, quindi automaticamente in forza di un mero status personale, viene meno il principio verso cui è diretto il nostro sistema penalistico che fonda anche la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale e non su un "a priori" elevato a presunzione di pericolosità."

Sulla base dell'attuale dato normativo ex art. 61 n. 11 bis c.p., il giudice è oggi tenuto solo ad accertare se esista il dato oggettivo della presenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato, ma non anche se e come questo incida sulla fattispecie base, tanto da aggravarne concretamente l'offesa. Anche la Suprema Corte, nella sentenza citata dal giudice remittente della III Sezione penale (n. 4406 del 26 novembre 2009 - depositata il 2 febbraio 2010) ha sostenuto che *"la configurabilità dell'art. 61, n. 11 bis cod. pen. prescinde da qualsiasi nesso tra il reato e lo stato di illegale permanenza dell'agente nel territorio nazionale. Il disvalore del fatto prescinde quindi da chi lo commette ma è questi, per la sua specifica condizione personale, ad essere destinatario di un irragionevole e discriminatorio aggravamento della sanzione penale, mentre basterebbe tenerne conto nella quantificazione della pena, ai sensi degli artt. 133 (in particolare il II comma n. 4) e 133 bis c.p., allorché la irregolarità sia concretamente incidente sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere dell'agente".*

La condizione di "clandestinità" dello straniero, è del tutto scollegata dal concreto contenuto offensivo del reato base e finisce col punire una qualità personale del soggetto.

4.3. Violazione dell'art. 27 Costituzione

L'art. 61 n. 11 bis c.p. quindi conduce a punire diversamente fatti tra loro oggettivamente identici e che si differenziano solo per lo *status* personale di chi li abbia commessi, cioè solo per la circostanza che l'autore sia, oppure no, uno straniero presente irregolarmente nel territorio italiano.

Una fattispecie di reato è punita più gravemente solo se si è un "clandestino". Il furto o l'ingiuria, se commessi da un cittadino o da un immigrato "irregolare" subiscono un differente trattamento sanzionatorio, anche se l'elemento oggettivo materiale del reato, l'offesa e l'elemento psicologico della fattispecie, sono i medesimi.

Questo dato contrasta con il principio della personalità della responsabilità penale, della proporzionalità della pena e della sua funzione rieducativa.

Contrasta con il *principio della responsabilità penale personale* sancito dall'art. 27 Cost. comma I in quanto con l'aggravante in esame all'agente si rimprovera non un'attitudine delinquenziale, ma una qualità personale, così punendosi più gravemente un tipo di autore: l'extracomunitario "irregolare".

Se per i motivi sopra esposti si esclude una valutazione in concreto da parte del giudice, non può neanche essere valutato il grado di partecipazione psichica del soggetto rispetto alla sua condizione di irregolare presenza in Italia, nonostante la clausola di apertura del

“giustificato motivo” contenuta nella disposizione di cui all’art. 14 comma 5 ter TU immigrazione e riempita di contenuto dalla giurisprudenza costituzionale.

“Omettendosi qualsiasi accertamento in concreto viene meno anche “l’uguaglianza di fronte alla pena” intesa come “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, in violazione dell’esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che individualizzi le pene inflitte (vedi sent. n. 50 del 1980) al fine di evitare che la funzione aggravatrice della pena possa soddisfare solo esigenze generali di prevenzione e di difesa sociale, che prescindono dalla valutazione della personalità del condannato”.

Un ulteriore aspetto evidenziato attiene inoltre lo svilimento della funzione preventiva e rieducativa della pena: *“Contrasta con il principio rieducativo della pena sancito dall’art. 27 comma III della Costituzione nella prospettiva della finalizzazione della sanzione al recupero sociale dell’agente e al suo reinserimento nel circuito della legalità.*

Prevedere un aumento di pena fino ad un terzo per essere l’autore del fatto uno straniero illegalmente presente sul territorio dello Stato, senza che ciò determini alcuna maggiore offensività concreta del fatto reato (il cui accertamento è peraltro preclusa al giudice) e senza che ciò costituisca un indice concreto di pericolosità dell’agente, frustra la finalità rieducativa della pena perché non vi è un ragionevole rapporto tra la sua maggiore severità ed effettiva entità del reato.

In conclusione l’aggravante in esame, da un lato non realizza la finalità retributiva e generalpreventiva perché non consente di adeguare la pena alla specificità del caso concreto e, anzi, impone, un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed inadeguato alla gravità del caso; dall’altro lato non realizza la finalità specialpreventiva e rieducativa della pena poiché una sanzione siffatta non agevola il reinserimento sociale dell’agente né lo riconduce nell’ambito della legalità, anche amministrativa”.

E’ necessario l’adeguamento del trattamento punitivo alla specificità del caso concreto per assicurare un’effettiva eguaglianza di fronte alle pene, e contribuire a rendere «personale» la responsabilità penale e a finalizzare la pena alla rieducazione del condannato.

Il Giudice delle leggi con la sentenza 192 del 2007, in relazione al problema della obbligatorietà o meno della recidiva reiterata e del divieto per il giudice di procedere al giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti, ha escluso l’automatismo fondato su una presunzione assoluta di pericolosità sociale, stabilendo che *“conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa”, il giudice deve applicare “l’aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall’art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”.*

Il giudice a quo ha ricordato infine, la sentenza n. 78 del 2007 in cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della Legge 354/1975 ove interpretati nel senso che allo straniero entrato irregolarmente nel territorio dello Stato o, in ogni modo, privo del permesso di soggiorno, sia precluso l’accesso alle misure alternative da essi previste: *“L’esclusione dalle misure alternative alla detenzione dei cittadini extracomunitari presenti irregolarmente sul territorio dello Stato era, ad avviso della Corte Costituzionale, in contrasto con i valori sanciti dall’art. 27, terzo comma, della Costituzione mancando nel nostro ordinamento costituzionale un’incompatibilità concettuale tra le misure alternative e il soggiorno irregolare, giacché la mancanza di un titolo abilitativo al soggiorno, di per sé, non è sintomatica, in modo univoco, né di una particolare pericolosità sociale, che sarebbe, quindi, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa; né della sicura assenza di un collegamento con il territorio, che garantisca la proficua applicazione della misura medesima”.*

Anche la Suprema Corte con la sentenza del 28 marzo 2006, aveva stabilito il seguente principio di diritto in ordine al quesito interpretativo sottoposto al suo vaglio: *"In materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno"*. L'iter argomentativo della Corte di Cassazione partiva dai preminenti valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27 Cost., comma 3), che costituiscono la chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative. Queste non possono essere escluse, a priori, nei confronti dei condannati stranieri che versino in condizione di clandestinità o di irregolarità e siano, perciò, potenzialmente soggetti ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena.

4.4. Violazione dell'art. 10/1 Cost (il diritto internazionale consuetudinario)

L'attenzione per la conformità alle fonti internazionali, anche consuetudinarie, sono state infine evidenziate nella parte finale dell'ordinanza.

Ad avviso del giudice remittente il più grave trattamento sanzionatorio riservato ad extracomunitari e apolidi irregolarmente presenti sul territorio italiano, allorché commettano qualsiasi tipo di reato, genera una evidente discriminazione basata sulla nazionalità/cittadinanza del soggetto che contrasta ex art. 10/1 Cost. con le norme di diritto internazionale consuetudinario, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici (firmato a New York il 16.12.1966, reso esecutivo in Italia con L 881 del 25.10.1977 ed entrato in vigore in Italia dal 15.12.1978) e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948).

a) nell'art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici che: *"1. Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione"*;

b) nell'art. 14 che: *"1. Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia"...* e al comma 3 che: *"Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza..."*;

c) nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo in relazione all'art. 2 *"1. Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.*

2. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene, sia che tale Paese o territorio sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi altra limitazione di sovranità";

d) nell'art. 7: *"Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un'eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad un'eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione"*.

Le fonti internazionali richiamate sono accomunate nel sancire il divieto di discriminazione derivante dall'appartenenza nazionale del soggetto e, allo stesso tempo, nel non individuare un diritto di rango analogo idoneo a comprimerlo.

Conclusioni: brevi note a margine

L'evoluzione criminale che ha caratterizzato la "clandestinità", che da aggravante è stata configurata legislativamente anche come ipotesi di reato, e tutte le conseguenze anche indirette ad essa correlate, evidenziano un sistema giuridico volto alla creazione di statuti personali discriminatori, anche e soprattutto a livello penale, come emerge chiaramente dalla ordinanza esaminata.

Il diritto penale muta così la sua funzione, viene asservito alle funzioni di polizia preordinato alla gestione dell'immigrazione irregolare, fino a diventare un "*mero diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale*"³⁰.

Le norme penali sono il nuovo strumento di governo della società, perché solo attraverso di esse si può rispondere alle pressanti esigenze di sicurezza. E' proprio la strumentalizzazione della sicurezza, o della sua percezione, che giustifica il ricorso affannato alla normativa d'emergenza e di urgenza, che dilata impropriamente il sistema penale, creando disuguaglianze irrispettose dei diritti degli "altri" e soprattutto negando l'uguaglianza stessa. Non solo è grave l'utilizzo improprio dello strumento penale, ma ancora più inquietante è la creazione di un diritto penale della disuguaglianza, contrario ai quei principi costituzionali e sovranazionali che devono, o forse dovevano, "*ritenersi patrimonio della comunità umana*".

L'ipertrofia del sistema penale ha assegnato alla sanzione criminale una nuova finalizzazione consistente nella prevenzione o nella punizione dello "*sgradito fenomeno migratorio*".³¹ Non solo, ma la negazione dei diritti o il timore di esercitarli per paura di un'incriminazione e dell'espulsione ha creato un sistema che agevola la clandestinità stessa e rende ancora più precarie le condizioni di vita di soggetti, forse titolari formalmente di diritti fondamentali, ma privati totalmente della possibilità di esercitarli per paura di un'incriminazione o di una punizione "aggravata".³²

* Dottoranda di ricerca in Democrazia e diritti umani presso l'Università di Genova

³⁰ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 1/ 2009, pag. 127

³¹ C. RENOLDI e G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3-4/2008, da pag.24.

³² Su tale aspetto si veda l'ordinanza del Tribunale di Voghera, Sez. lavoro, del 20/11/2009, in *Dir. Imm. Citt.* 1/2010, da pag. 227, con scheda di M. PAGGI.