

Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata (*)

di Gian Luigi Gatta *

SOMMARIO: 1. L'art. 61 n. 11 bis c.p.: una disposizione nata in odore di incostituzionalità. 2. La lotta all'immigrazione clandestina come *ratio* della c.d. aggravante della 'clandestinità'. – 3. Esame dell'aggravante. – 4. Le denunce di illegittimità costituzionale dell'aggravante nei lavori parlamentari da parte dell'opposizione. – 5. Gli argomenti del Governo e dalla maggioranza a difesa della legittimità costituzionale dell'aggravante: esame e critica. – 5.1. La violazione della disciplina sull'ingresso e il soggiorno nello Stato, e non già il mero *status* di 'clandestino', come fondamento dell'aggravante. – 5.2. La maggiore pericolosità del 'clandestino'. – 5.3. L'affinità con altre aggravanti comuni e, in particolare, con quella della 'latitanza' (art. 61 n. 6 c.p.). – 6. Conclusione: incostituzionalità dell'art. 61 n. 11 bis per contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.).

1. L'art. 61 n. 11 bis c.p.: una disposizione nata in odore di incostituzionalità

Per la prima volta dall'entrata in vigore del codice Rocco, il catalogo delle circostanze aggravanti comuni delineato dall'art. 61 c.p. è stato ampliato – ad opera del d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (c.d. Decreto sicurezza), conv. con emendamenti dalla l. 24 luglio 2008 n. 125 – con l'aggiunta, nel nuovo numero 11 bis, di un'ulteriore circostanza – «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»¹ – che, nei lavori parlamentari prima² e nel linguaggio corrente poi, ha preso il nome di 'aggravante della clandestinità'³.

Per effetto dell'introduzione di questa aggravante, i reati (*quali che siano*) commessi dagli *stranieri illegalmente presenti in Italia* sono oggi considerati nel nostro ordinamento *più gravi* – devono essere puniti con una pena aumentata fino a un terzo – rispetto agli *stessi* reati, commessi:

- a) dai cittadini italiani;
- b) dagli stranieri *legalmente* presenti in Italia.

E' agevole comprendere perché l'introduzione di una simile aggravante rappresenti, almeno per quel che riguarda il diritto penale, la più controversa novità introdotta dal

¹*Questo lavoro, destinato agli Studi in onore di Mario Pisani, sarà pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, n. 2.

La storia delle circostanze del reato rivela come, nel nostro ordinamento, "la costruzione di un sistema di aggravanti comuni con efficacia 'ultraeditale'" costituisca, anche sul piano comparatistico, una novità introdotta dal codice Rocco, "autentica espressione di gratuito rigorismo": un frutto dell'ideologia autoritaria del legislatore del 1930. Così DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, p. 46. Non è affatto casuale che l'odierno legislatore, nel perseguire – lo diremo – una politica di rigore nei confronti degli immigrati 'clandestini', sia ricorso, tra l'altro, proprio all'istituto delle aggravanti comuni.

² Cfr., ad es., durante il dibattito alla Camera sul disegno di legge n. C. 1366, di conversione in legge del d.l. n. 92/2008, gli interventi dei deputati di maggioranza on. Bocchino (PdL) e Dussin (Lega Nord). I lavori parlamentari relativi a detto disegno di legge, che al Senato ha assunto il n. S. 692-B e che più volte citeremo, possono essere letti, rispettivamente, in www.camera.it e www.senato.it.

³ Ulteriori modifiche del catalogo delle aggravanti comuni sono contemplate nel disegno di legge n. S. 733 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"), approvato dal Senato il 5 febbraio 2009. L'art. 1 del d.d.l. inserisce nell'art. 61 n. 5 c.p. un inciso che precisa come l'aggravante c.d. della *minorata difesa* debba essere riferita anche «all'età avanzata» della vittima del reato. L'art. 13 del d.d.l. prevede poi l'inserimento, nell'art. 61 c.p., di un nuovo numero 11 ter, che configura quale ulteriore aggravante comune "l'aver commesso il fatto ai danni di soggetti minori all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole per l'infanzia e istituti di istruzione e formazione di ogni ordine e grado". Sul citato d.d.l. v. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. Pen. Proc.* 2009, p. 5 s.

‘Decreto sicurezza’⁴: da subito è parsa di più che dubbia compatibilità con i principi dello Stato liberale consacrati dalla Costituzione – essenzialmente con quello di *uguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di condizioni personali e sociali* (art. 3 Cost.) – e con il modello di diritto penale forgiato da quei principi.

Dubbi in tal senso – quando non già decisi giudizi di incostituzionalità – sono stati espressi da più voci: dapprima, durante i lavori parlamentari, dagli esponenti dell’opposizione (in un caso, finanche da un noto esponente della maggioranza di centro-destra)⁵; successivamente, dai c.d. pratici e teorici del diritto, ossia, rispettivamente, dalle più rappresentative associazioni di magistrati (Associazione Nazionale Magistrati)⁶ e avvocati (Unione delle Camere Penali Italiane)⁷, e dagli studiosi del diritto penale⁸ e costituzionale, tra i quali Valerio Onida che, all’indomani dell’introduzione dell’aggravante, si è così espresso: essa “opera, mi pare, una vera e propria *discriminazione fra persone in ragione dell’origine nazionale e di condizioni personali*, vietata dagli articoli 2 e 7 della Dichiarazione universale, dall’articolo 14 della CEDU e dall’articolo 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, oltre che dall’articolo 3 della Costituzione”⁹.

Analoghi dubbi di incostituzionalità e denunce di irragionevole discriminazione sono stati inoltre espressi in sedi istituzionali diverse dal Parlamento: dal Consiglio Superiore della Magistratura, in un parere reso al Ministro della Giustizia Angelino Alfano ancor prima della conversione in legge del d.l. n. 92/2008¹⁰ e, a livello internazionale, dal

⁴ In questo senso, ad es., PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008, p. 1079. Assai significativo del radicale mutamento di prospettiva introdotto dalla novella in esame è considerare come, prima di essa, la “situazione di emarginazione sociale conseguente allo stato di immigrato clandestino, senza uno stabile lavoro e senza uno stabile riferimento in Italia” sia stata valorizzata dalla giurisprudenza per motivare la concessione delle *attenuanti generiche*. Cfr. Cass. Sez. I 13 dicembre 2006, N., in *Guida dir.* 2007, n. 9. p. 85 e, con motivazione, in *De Jure*.

⁵ Il riferimento è all’intervento dell’on. Pecorella nella seduta del 3 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera. V. anche *infra*, 5.1.

⁶ Cfr. la nota di MOROSINI, *Commenti a caldo sul Pacchetto sicurezza*, in www.associazionenazionalemagistrati.it.

⁷ Cfr. il documento dell’UCPI in data 1° luglio 2008, *Osservazioni sul disegno di legge di conversione con modificazioni del d.l. n. 92/2008 in materia di sicurezza*, a firma di BORZONE e DOMINIONI, che può leggersi in www.camerepenali.it. V. anche l’intervista rilasciata a Luigi Ferrarella da Oreste Dominioni, Presidente dell’UCPI, pubblicata ne *Il Corriere della Sera* del 28 maggio 2008, p. 18 (*Dominioni, il Presidente dei penalisti: “è illegittima l’aggravante per i clandestini”*).

⁸ Cfr., oltre a PULITANO’, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1079 s., ALESSANDRI-GARAVAGLIA, *Non passa lo straniero*, in www.lavoce.info; ANTONINI, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte)*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008, p. 1366 s.; DELLA BELLA, *L’aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 4795 s.; DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, in questa *Rivista* 2008, p. 1634 s.; DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 3562; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2008, Addenda: *d.l. 23 maggio 2008, n. 92 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», conv., con modificazioni*, in *l. 24 luglio 2008, n. 125*, in www.zanichelli.it/f_universita_diritto.html; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, p. 447; MASERA, *Immigrazione*, in MAZZA-VIGANO’ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, p. 16 s.; VIGANO’-VIZZARDI, *“Pacchetto sicurezza” ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008, p. 813, nota n. 2. Anche chi scrive ha già avuto modo di esprimere, in precedenti lavori, i propri dubbi sulla legittimità costituzionale dell’aggravante in esame: cfr. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA.VV., *“Decreto sicurezza”: tutte le novità*, Milano, 2008, p. 35 s. e, ancor prima della conversione in legge del d.l. n. 92/2008, ID., *Commento dell’art. 1 d.l. n. 92/2008*, in DOLCINI-GIARDA-MARINUCCI-SPANGHER (a cura di), *Codice penale e codice di procedura penale commentati, Cd-Rom*, Milano, 2008.

⁹ Cfr. 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 ALGOSTINO, *Il “Pacchetto sicurezza”, gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰ 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.).

Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa Thomas Hammarberg¹¹ nonché, con riferimento all'incompatibilità dell'aggravante con il diritto comunitario – ad oggi, infatti, l'art. 61 n. 11 *bis* c.p. trova applicazione anche nei confronti dei cittadini comunitari¹² – dal Servizio giuridico del Parlamento europeo, in un parere reso su richiesta del Presidente della Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari interni Gérard Deprez¹³, e dalla Commissione Europea, in persona del Commissario UE alla Giustizia, Libertà e Sicurezza, Jacques Barrot¹⁴.

Un simile coro di voci non poteva restare a lungo inascoltato: se la c.d. aggravante della clandestinità sia o meno conforme alla Costituzione è infatti quesito cui dovrà dare risposta la *Corte costituzionale*, davanti alla quale ben presto – ancor prima della conversione in legge del d.l. 92/2008 – è stata sollevata questione di legittimità costituzionale (tra l'altro, e soprattutto, per violazione dell'art. 3 Cost.), da parte di alcuni giudici di merito chiamati ad applicare la controversa disposizione in processi penali – per reati quali il furto e lo spaccio di stupefacenti – a carico di stranieri irregolari¹⁵.

Non sembra allora inutile un meditato esame della nuova aggravante comune, la cui introduzione, peraltro, è gravida di conseguenze anche sul terreno del *diritto processuale*, oggetto di studio da parte del Maestro che onoriamo: l'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., nel testo modificato dallo stesso 'Decreto sicurezza', stabilisce infatti – con una disposizione anch'essa di più che dubbia legittimità costituzionale¹⁶ – che nei confronti dei condannati “per i delitti in cui ricorre l'aggravante dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p.” *non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva* fino a tre anni (fino a sei quando si tratti di pena inflitta per reati commessi in relazione a uno stato di tossicodipendenza), anche se residua di maggior pena, volta a consentire la presentazione di istanza di ammissione a una *misura alternativa alla detenzione*. Ne consegue che per il 'clandestino' l'accesso alle misure alternative¹⁷ presuppone oggi necessariamente il passaggio attraverso il carcere, di cui l'extracomunitario è già “cliente

¹¹ Cfr. il *Memorandum* del Commissario Thomas Hammarberg, redatto a seguito della visita in Italia compiuta il 19-20 giugno 2008, che può leggersi in www.coe.int, e, in particolare, il punto 72, dove il Commissario manifesta le proprie preoccupazioni nei confronti dell'aggravante oggetto di studio e afferma che questa, essendo basata sullo *status* di immigrato, può sollevare problemi di proporzionalità e discriminazione.

¹² Diremo oltre come una disposizione che esclude la riferibilità dell'aggravante ai cittadini comunitari è contenuta nel disegno di legge n. S. 733, approvato in prima lettura dal Senato il 5 febbraio 2009, e attualmente (marzo 2009) all'esame della Camera.

¹³ V. *infra*, § 3.

¹⁴ V. *infra*, § 3.

¹⁵ Cfr. Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, in *Corr. Merito* 2008, p. 1175, con nota di MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*; Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, in *Corr. Merito* 2009, p. 280 s., con massima e nostra annotazione e, con motivazione, in G.U. n. 53 del 24 dicembre 2008 (Serie Corte costituzionale); Trib. Ferrara, ord. 15 luglio 2008, in *Corr. Merito* 2008, p. 1283 s., con massima e nostra annotazione e, con motivazione, in G.U. n. 42 dell'8 ottobre 2008 (Serie Corte costituzionale). Dopo la conversione in legge del d.l. n. 92/2008 v. Trib. Livorno, ord. 3 novembre 2008, in G.U. n. 12 del 25 marzo 2009 (Serie Corte costituzionale).

¹⁶ Cfr., oltre al già citato Parere del CSM del 1° luglio 2008 (punti n. 2.6 e 4.2), STURLA, *Carcere: dentro il clandestino, fuori la Costituzione? Nuovi ritocchi all'art. 656 c.p.p.*, in MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, p. 347 s.; DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare*, cit., p. 1654.

¹⁷ E' il caso di precisare che la Corte costituzionale, con la sentenza 16 marzo 2007 n. 78, in *Giur. Cost.* 2007, p. 745 s., con nota di DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3 Cost. una "debordante" interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di talune disposizioni dell'ordinamento penitenziario ove interpretate “nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative previste”. Cfr. *infra*, § 5.2.

privilegiato”¹⁸: gli ultimi dati ci dicono infatti che al 31 dicembre 2008 gli stranieri adulti, imputati o condannati, presenti negli istituti penitenziari italiani sono 21.562, a fronte di una popolazione penitenziaria che ammonta a 58.127 unità. La quota percentuale di stranieri, per la stragrande maggioranza extracomunitari, è dunque pari al 37%¹⁹.

Analogamente a quanto è avvenuto nel recente passato per il recidivo, in occasione della legge ‘ex Cirielli’ (l. 5 dicembre 2005, n. 251), viene dunque introdotto oggi per il ‘clandestino’ un *regime penale differenziato*²⁰, all’insegna del rigore punitivo, con ripercussioni di ordine tanto sostanziale quanto processuale (ricordiamo che la legge ‘ex Cirielli’ ha stabilito che il recidivo reiterato, come oggi il ‘clandestino’, non può essere ammesso alla sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva ex art. 656, comma 5 c.p.p.). E l’abbozzato parallelo con la recidiva riformata²¹ alimenta la riflessione – in atto tra gli studiosi del diritto penale²² – sul pericolo di una progressiva contaminazione dell’idea del diritto penale *del fatto* – saldamente ancorata, nel nostro ordinamento, alla Costituzione²³ – con elementi propri del diritto penale *dell’autore*: elementi tradizionalmente presenti, come è noto, nella disciplina della recidiva²⁴, e non assenti nell’aggravante della clandestinità²⁵ che – lo vedremo – 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 di autore*²⁶. Il ‘clandestino’ è il *nemico* al quale il legislatore ha

¹⁸ Così DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1097.

¹⁹ I dati sono stati resi noti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, nella Relazione presentata il 27 gennaio 2009 in occasione dell’apertura dell’anno giudiziario, e possono essere letti in www.giustizia.it. Sottolinea come negli ultimi venti anni la costante crescita della popolazione carceraria “è unicamente addebitabile all’aumento di stranieri, essendo rimasta in sostanza stabile la quota riferibile agli italiani”, ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 1727.

²⁰ Sul regime penale differenziato per i recidivi, introdotto dalla legge ex Cirielli, v. ad es. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in questa *Rivista* 2007, p. 1153 s.; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”*, in SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, p. 53 s.; DELLA BELLA, *Three strikes and you’re out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in questa *Rivista* 2007, p. 857 s.; DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in questa *Rivista* 2007, p. 515 s. Si veda anche, volendo, GATTA, in DOLCINI-MARINUCCI, (a cura di), *Codice penale commentato*, 2^a ed., Milano, 2006, art. 99 *sub B*), p. 1063 s.

²¹ Convengono sull’esistenza di una linea di continuità politico-criminale tra la riforma della recidiva e l’introduzione dell’aggravante in esame DELLA BELLA, *L’aggravante della clandestinità*, cit., p. 4795; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 20/21.

²² Cfr. da ultimo FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d’autore?*, in questa *Rivista* 2008, p. 559 s.

²³ Cfr., per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001, p. 449 s.

²⁴ Cfr. ad es., da ultimo, DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 516; FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d’autore?*, cit., p. 565. Nella letteratura tedesca, con riferimento all’istituto della recidiva (*Rückfall* - § 48 StGB), abolito in Germania nel 1986 (con una scelta dunque ben diversa da quella adottata del legislatore italiano con la legge ‘ex Cirielli’), v. ad es. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 2006, p. 187.

²⁵ Di “aggravante d’autore” ha parlato, nei lavori parlamentari, chi si è opposto alla sua introduzione (cfr. i seguenti interventi: sen. Finocchiaro (PD), nell’Assemblea del Senato del 24 giugno 2008; on. Cuperlo (PD), nella seduta del 2 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera). In dottrina hanno ravvisato nell’aggravante in esame elementi propri del diritto penale d’autore, ad es., DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3562; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., cit., p. 447; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 20. Nella giurisprudenza v. le già citate ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale: Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, cit.; Trib. Ferrara, ord. 15 luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, ord. 3 novembre 2009, cit.

²⁶ Sul modello del diritto penale d’autore (*Täterstrafrecht*) – imperniato non già su “tipi di fatto”, bensì su “tipi d’autore” – diffusosi nella Germania nazista quale portato della crisi dello Stato liberale e, conseguentemente, del bene giuridico, pietra angolare della concezione liberale del reato, possono ad

dichiarato guerra²⁷, secondo la logica delle *politiche securitarie* che si fondano sui sentimenti di insicurezza espressi dal corpo elettorale²⁸: valutare se gli strumenti utilizzati per farlo siano o meno conformi alla Costituzione è compito che affidiamo al presente lavoro.

2. La lotta all'immigrazione clandestina come ratio della c.d. aggravante della 'clandestinità'.

La scelta di configurare la 'clandestinità' come aggravante comune si spiega con l'intento della maggioranza parlamentare di centro-destra di mostrare agli elettori il proprio volto "cattivo"²⁹ contro gli immigrati irregolari autori di reato, mantenendo così una promessa che, secondo un'opinione ampiamente condivisa, è risultata decisiva per la vittoria delle elezioni svoltesi poco più di un mese prima dell'adozione del 'Decreto sicurezza'³⁰. L'aggravante si aggiunge infatti ad una pluralità di discusse misure di tipo penale e amministrativo³¹, contenute nel c.d. Pacchetto sicurezza³², tutte orientate alla *repressione dell'immigrazione clandestina*, prima ancora che della criminalità degli

esempio vedersi, anche per ulteriori riferimenti alla vasta letteratura, BETTIOL, *Diritto penale*, 11^a ed., Padova, 1982, p. 684 s.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001, p. 438 s.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, p. 16 s.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 178 s. V. inoltre, da ultimo, MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale degli anni trenta*, in questa *Rivista* 2008, p. 935 s.

²⁷ Durissimo il giudizio espresso, in tal senso, da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Addenda, cit., p. 4: "il messaggio implicito che la nuova circostanza [di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p.] recepisce e allo stesso tempo veicola, è che gli immigrati clandestini sono per ciò stesso 'nemici' dell'ordine costituito, da trattare in ogni caso con rigore punitivo maggiore rispetto a quello riservato ai delinquenti-cittadini. Una sorta, dunque, di 'diritto penale del nemico' banalizzata e involgarita in una contingente salsa razzista italiana".

²⁸ Su tali politiche cfr. ad es. PAVARINI, *The Spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 22. Sulla disciplina dell'immigrazione come espressione del "nuovo clima di securitarismo a livello internazionale" v., da ultimo, anche con riferimento all'aggravante in esame, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit. p. 3562, che a ragione osserva come "sul tema della sicurezza rispetto ai pericoli provenienti soprattutto dagli immigrati extracomunitari si vincono o comunque si scommettono oggi le elezioni politiche nazionali e quelle locali". Nel senso che "la previsione dell'aggravante mette in scena una risposta retoricamente efficace a uno stato d'animo diffuso, che chiede maggior rigore verso i clandestini" v. PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1079.

²⁹ Emblematica la seguente dichiarazione del Ministro dell'Interno Maroni, rilasciata durante una cerimonia pubblica e riportata ne *Il Corriere della Sera* del 3 febbraio 2009, p. 21: "per contrastare l'immigrazione clandestina non bisogna essere buonisti ma *cattivi*, determinati, per affermare il rigore della legge".

³⁰ Cfr. ad es., tra i penalisti, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3562, secondo cui l'aggravante in esame è "sorretta da una 'democrazia punitiva' elettoralmente vincente".

³¹ Spiccano tra l'altro, sul versante penalistico, l'introduzione dei nuovi reati di immigrazione clandestina (art. 10 *bis* t.u. imm.), di cessione a titolo oneroso di immobili a clandestini (con previsione della confisca obbligatoria dell'immobile: art. 12, comma 5 *bis* t.u. imm.), di fraudolente alterazioni (si pensi alla cancellazione, con acidi, delle impronte digitali) per impedire l'identificazione personale (art. 495 *ter* c.p.); l'irrigidimento della disciplina del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 t.u. imm.). Per quel che riguarda il diritto amministrativo possono menzionarsi, a titolo di esempio, la previsione di più stringenti requisiti per l'ottenimento del permesso di soggiorno, che viene assoggettato ad una tassa da 80 a 200 euro (art. 5, comma 2 *ter* t.u. imm.), la previsione di una sorta di permesso di soggiorno 'a punti', attuata prevedendo che, all'atto della richiesta del permesso di soggiorno, lo straniero debba sottoscrivere un "accordo di integrazione", articolato per crediti, con l'impegno a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione, da perseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno e con la previsione che la perdita dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dallo Stato (art. 4 *bis* t.u. imm.); l'abrogazione della disposizione (art. 35, comma 5 t.u. imm.) che, fuori dai casi di obbligo di referto, impone ai medici il divieto di segnalare all'autorità gli stranieri irregolari che accedano alle strutture sanitarie; l'attribuzione ai sindaci dell'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria o di pubblica sicurezza la condizione di irregolarità dello straniero, per l'eventuale espulsione (art. 54, comma 5 *bis* t.u. enti locali).

immigrati clandestini: fenomeni che, sia per l'effettiva realtà delle cose – testimoniata dai dati su immigrazione e criminalità³³ –, sia per effetto dell'indubbia amplificazione dei *media*³⁴, destano oggi in Italia un primario allarme sociale e un senso di profonda *insicurezza*. In ordine di tempo, in particolare, l'introduzione dell'aggravante in esame ha preceduto quella, ormai prossima, del c.d. reato di immigrazione clandestina, contemplato da un disegno di legge d'iniziativa del Governo (n. S. 733) approvato in prima lettura dal Senato il 5 febbraio 2009, che punisce lo straniero che *fa ingresso* ovvero *si trattiene* illegalmente sul territorio dello Stato (si tratta di una contravvenzione punita con la sola ammenda, da 5.000 a 10.000 euro, e per la quale, con scelta che pare lesiva del principio costituzionale di uguaglianza/ragionevolezza, è espressamente esclusa l'oblazione)³⁵. L'aggravante, in particolare, è stata introdotta nell'ordinamento quando appariva tutt'altro che certa l'introduzione del reato di immigrazione clandestina, già inserito dal Governo nel suddetto disegno di legge e che, nella versione originaria, era configurato come delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Pur avendo sottoscritto quel disegno di legge, infatti, il Presidente del Consiglio Berlusconi, nel giugno del 2008, a fronte dei rilievi critici opposti all'introduzione del reato di immigrazione clandestina da parte del Vaticano e dell'O.N.U. – del Segretario del Pontificio Consiglio per i migranti e dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani³⁶ – a margine di una conferenza stampa con il Presidente francese Sarkozy³⁷, e alla vigilia di un incontro con il Pontefice Benedetto XVI³⁸, aveva infatti dichiarato – gettando nello sconcerto i membri del proprio Governo e i partiti

³² Il 'Decreto sicurezza', al quale si deve l'introduzione dell'aggravante oggetto di studio, costituisce il primo provvedimento adottato dal Governo nell'ambito del c.d. Pacchetto sicurezza, che contempla altresì: a) *due disegni di legge* (il già citato d.d.l. n. S. 733 – che tra l'altro introduce il delitto di ingresso illegale nel territorio dello Stato (art. 10 *bis* t.u. immigrazione) – e il n. S. 905 - che istituisce presso il Ministero dell'Interno la banca dati nazionale del DNA «al fine di facilitare l'identificazione degli autori di delitti» e provvede alla ratifica del Trattato di Prüm in tema di cooperazione transfrontaliera per il contrasto del terrorismo, della criminalità transfrontaliera e della migrazione illegale); b) *tre schemi di decreti legislativi* in tema, rispettivamente, di ricongiungimento familiare dei cittadini stranieri, riconoscimento dello *status* di rifugiato, libera circolazione dei cittadini comunitari.

³³ Cfr. da ultimo il *Rapporto sulla criminalità in Italia* del 18 giugno 2007, a cura del Ministero dell'Interno (p. 319 s.), che può leggersi in www.interno.it e, per un'analisi in chiave sociologica di questi ed altri dati, BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008. Per un'indagine sociologica estesa al contesto europeo può vedersi, volendo, SOLIVETTI, *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, Bologna, 2004. Va peraltro segnalata l'esistenza di studi che negano o, comunque, ridimensionano fortemente la relazione tra immigrazione e criminalità in Italia, limitandola a taluni delitti contro il patrimonio (in particolare, furto e rapina): v. il recente lavoro degli economisti BIANCHI-BUONANNO-PINOTTI, *Do immigrants cause crime?*, *Paris School of Economics Working Paper* No. 2008-05, che può essere letto in <http://ideas.repec.org/p/pse/psecon/2008-05.html>. V. anche ID., *Crimini e immigrati*, in www.lavoce.info. Per alcuni dettagli v. *infra*, nota n. 112.

³⁴ E' nota a tutti la risonanza assai maggiore che i *media* danno ai reati commessi dagli stranieri immigrati (*in primis* violenze sessuali e omicidi) rispetto ai *medesimi reati*, commessi dai cittadini italiani.

³⁵ Per un primo commento del reato, come previsto dal d.d.l. n. S. 733, v. PISA, *Sicurezza atto secondo*, cit., p. 5 s., che ne sottolinea il valore meramente simbolico ("ben pochi clandestini sono in grado di pagare migliaia di euro di ammenda") e osserva come in realtà la sua introduzione finisce per rappresentare il presupposto di un'espulsione, quale sanzione sostitutiva conseguente alla condanna (art. 16, comma 1 t.u. immigrazione). Peraltro, si noti, prima della condanna l'espulsione è prevista in via amministrativa, senza necessità di nulla osta da parte del giudice penale che, a espulsione eseguita, pronuncia sentenza di non luogo a procedere per il reato suddetto.

³⁶ Cfr. l'articolo *ONU e Vaticano: no al reato di immigrazione clandestina*, ne *Il Sole 24 Ore* del 3 giugno 2008, p. 17, dove si legge che l'Alto Commissario per i diritti umani, Louise Arbour, ha dichiarato: "In Europa sono fattore di enorme preoccupazione le politiche repressive, così come gli atteggiamenti xenofobi e intolleranti, nei confronti dell'immigrazione clandestina e delle minoranze neglette. Esempio di queste politiche e di questi atteggiamenti sono la recente decisione del governo italiano di rendere reato l'immigrazione clandestina e i recenti attacchi contro campi rom a Napoli e Milano". Mons. Marchetto, Segretario del Pontificio Consiglio per i migranti, ha dichiarato dai microfoni di Radio vaticana: "I cittadini di Paesi terzi, come i cittadini comunitari, non dovrebbero essere privati della libertà personale o soggetti a pena detentiva a causa di un'infrazione amministrativa".

che lo sostengono: “Il Parlamento è sovrano, deciderà secondo coscienza e secondo buon senso. La mia personale visione è che non si possa pensare di perseguire qualcuno per una permanenza non regolare nel nostro Paese, arrivando a condannarlo per questo reato con una pena. Invece, questa situazione della clandestinità può essere un’aggravante nei confronti di chi commette reati previsti come tali dal codice penale”³⁹. Una “personale visione” che (a parte il rilievo che non si concilia con la sottoscrizione del suddetto disegno di legge da parte del Presidente del Consiglio) è rimasta tale, atteso che la maggioranza che sostiene il Governo pochi mesi dopo avrebbe approvato (per il momento al Senato) il disegno di legge che introduce il reato di immigrazione clandestina.

Prima di quel momento l’aggravante in esame ha rappresentato, sul piano politico, un’anticipazione del reato di immigrazione clandestina⁴⁰: l’illegale presenza dello straniero nel territorio dello Stato non rilevava ancora, *di per sé*, come reato, ma era, ed è, condizione personale che, se propria dell’autore di un reato (quale che sia: una rapina, un omicidio, una violenza sessuale, ecc.) comporta un aggravamento della pena per quel reato, che deve essere aumentata dal giudice fino a un terzo. Quando sarà introdotto il reato di immigrazione clandestina – l’approvazione definitiva del richiamato disegno di legge è attesa a breve – l’illegale presenza dello straniero sul territorio dello Stato rileverà invece, per il diritto penale, in duplice senso:

a) come *autonoma figura di reato* (prevista dall’introducendo art. 10 *bis* t.u. immigrazione);

b) come *circostanza aggravante* comune (art. 61 n. 11 *bis* c.p.) riferibile, almeno in via di principio (salvo quanto diremo appresso) ad una serie indeterminata di reati.

3. Esame dell’aggravante⁴¹.

Si tratta di una circostanza avente natura *soggettiva* (art. 70 c.p.)⁴²: riguarda, infatti, 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 (da valutarsi alla luce della disciplina del diritto amministrativo che, al tempo della commissione del fatto, regola l’ingresso e la permanenza in Italia degli stranieri). La circostanza è pertanto configurabile anche nell’ipotesi in cui non vi sia alcun *nesso* tra il reato e lo stato di illegale presenza dell’agente nel territorio nazionale, al tempo della commissione del reato⁴³. La legge, infatti, non limita la configurabilità dell’aggravante in

³⁷ Cfr. l’articolo *Clandestini, Berlusconi frena. La Lega insorge, Maroni sorpreso*, in *www.repubblica.it* (3 giugno 2008).

³⁸ Cfr. l’editoriale di BATTISTA, *Quando il Papa piace ai laici*, ne *Il Corriere della Sera* del 6 giugno 2008: “i retroscena politici sono concordi nel riconoscere alla *moral suasion* esercitata dal Vaticano uno dei motivi che hanno indotto il premier Berlusconi, alla vigilia dell’incontro con Benedetto XVI, a sfumare la sua posizione sul reato di immigrazione clandestina”.

³⁹ La dichiarazione è così riportata ne *Il Corriere della Sera* del 4 giugno 2008, p. 12/13.

⁴⁰ Cfr. l’intervento dell’on. Vietti (UdC) nella seduta della Camera del 16 luglio 2008.

⁴¹ Il nostro esame è limitato, in questa sede, ai soli profili che assumono rilievo rispetto al problema della legittimità costituzionale dell’aggravante, oggetto del presente lavoro. Ci sia consentito rinviare, per gli ulteriori profili, a GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA.VV., “Decreto sicurezza”: *tutte le novità*, Milano, 2008, p. 27 s.

⁴² In senso conforme E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in SCALFATI (a cura di), *Il Decreto sicurezza. D.l. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Torino, 2008, p. 15; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 7; PLANTAMURA, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale*, in LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 271.

⁴³ Lo hanno criticamente osservato, nei lavori parlamentari, coloro che si sono opposti all’introduzione dell’aggravante in discorso. Cfr. l’intervento dell’on. Bernardini (PD) nella seduta del 7 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera: “l’aggravante di tipo soggettivo [...] è

relazione a quei reati la cui commissione sia stata agevolata dall'illegitima presenza dell'autore sul territorio nazionale, ovvero che siano stati commessi allo scopo di consentire il suo ingresso illegale nel territorio nazionale, ovvero la protrazione della sua permanenza illecita: ne consegue che l'aggravante è configurabile, ad esempio, tanto in relazione alla resistenza opposta dall'immigrato clandestino al pubblico ufficiale intento a procedere alla sua identificazione, quanto all'ingiuria verbale proferita dall'immigrato stesso a chicchessia (ad es., ad un automobilista, in occasione di un banale diverbio legato alla circolazione stradale)⁴⁴.

Trattandosi di circostanza *comune*, l'aggravante è prevista, in via di principio, *per un numero indeterminato di reati*, siano essi delitti o contravvenzioni, configurati dal codice penale ovvero da leggi penali speciali. La lettera della legge, in particolare, consente di riferirla tanto ai reati *dolosi* quanto a quelli *colposi*⁴⁵. Sennonché l'impossibilità di configurarla rispetto ai *delitti colposi* e alle *contravvenzioni commesse con colpa* ci sembra possa essere argomentata valorizzando l'*intenzione del legislatore* e, in particolare, quei passi dei lavori parlamentari in cui – come vedremo – l'introduzione dell'aggravante viene giustificata in ragione di una ritenuta più intensa "*ribellione*" alla potestà statale, manifestata da chi commette un reato mentre si trova già in una situazione di illegalità, per avere violato la disciplina amministrativa relativa all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale⁴⁶: solo la commissione di un reato *doloso* può dirsi espressiva di una "*ribellione*" nei confronti della potestà statale, cioè di una *volontà* di disconoscerla⁴⁷.

In base alla regola espressa nella prima parte dell'art. 61 c.p., valevole per tutte le aggravanti comuni, la circostanza in esame non è però configurabile quando la situazione da essa descritta – cioè la presenza illegale sul territorio nazionale dell'autore del fatto, al momento della sua commissione – *costituisce già elemento costitutivo del reato*⁴⁸. L'aggravante è pertanto incompatibile, ad esempio, 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 suddetto entro cinque giorni⁴⁹; ed è altresì incompatibile, *a fortiori*, con l'introducendo *reato di immigrazione clandestina* (art. 10 *bis* t.u. immigrazione).

Quanto ai soggetti illegalmente presenti sul territorio nazionale, cui si riferisce l'aggravante in esame, questi vanno individuati negli *stranieri*: tanto i veri e propri 'clandestini', cioè quelli *entrati illegalmente* nel territorio nazionale – varcando fraudolentemente le frontiere o sbarcando clandestinamente via mare –, quanto i c.d. *overstayers*⁵⁰, cioè quelli che, *entrati nel nostro Paese in base a un titolo legittimo* – ad es., un permesso di soggiorno o un visto turistico –, vi si sono *trattenuti* illegalmente dopo che quel titolo è venuto meno: ad es., dopo la scadenza del permesso di soggiorno, non rinnovato per difetto dei requisiti – in ipotesi, in ragione della perdita del posto di lavoro –,

applicabile [...] senza alcun nesso tra il reato e lo stato di clandestinità". V. anche, nella medesima seduta, l'intervento dell'on. Rossomando (PD).

⁴⁴ Cfr., con un esempio analogo, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., cit., p. 447.

⁴⁵ In questo senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Addenda, cit., p. 3.

⁴⁶ Cfr. ad es. l'intervento del sen. Mazzatorta (Lega Nord) nella seduta del Senato dell'11 giugno 2008. In dottrina individuano il fondamento dell'aggravante in esame nella "maggiore intensità della ribellione all'ordinamento manifestata da colui che delinque dopo essersi illecitamente sottratto alla disciplina sull'immigrazione" E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., p. 15; AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida dir.* 2008, n. 32, p. 88.

⁴⁷ In senso conforme MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 14.

⁴⁸ Ovvero circostanza aggravante speciale, ma l'ipotesi, almeno *de jure condito*, non si prospetta.

⁴⁹ In questo senso, tra gli altri, E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., p. 16; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 13.

⁵⁰ Per questa terminologia, impiegata dai sociologi che studiano il fenomeno dell'immigrazione, v. ad es. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 87.

ovvero dopo la scadenza del visto turistico⁵¹. La legge attribuisce rilievo, infatti, alla presenza illegittima del colpevole nel territorio dello Stato – al fatto cioè che questi, *non importa* per quale ragione, «*si trovi*» illegalmente nel nostro Paese. Può pertanto continuare a parlarsi di ‘aggravante della clandestinità’ solo a condizione di non dimenticare che la disposizione è applicabile anche agli *overstayers* che, è giusto il caso di notarlo, secondo i più recenti dati del Ministero dell’Interno hanno rappresentato, nel 2006, il 64% del totale degli stranieri irregolarmente presenti in Italia (il 13%, in quello stesso anno, ha fatto ingresso in Italia sbarcando sulle coste, mentre il 23% lo ha fatto varcando fraudolentemente le frontiere; il che significa che solo uno straniero irregolare ogni tre è un vero e proprio ‘clandestino’)⁵².

Una norma d’interpretazione autentica inserita nel già richiamato disegno di legge n. S. 733, d’iniziativa del Governo e approvato dal Senato, in prima lettura, il 5 febbraio 2009, stabilisce che “La disposizione di cui all’articolo 61, numero 11 bis, del codice penale si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all’Unione europea e agli apolidi”: esclude, pertanto, che l’aggravante sia riferibile ai cittadini di Stati membri dell’UE.

L’originario intento del Governo – nonostante questa norma di interpretazione ‘autentica’ – era quello di comprendere tra i destinatari dell’aggravante anche gli stranieri comunitari (anch’essi possono infatti essere illegalmente presenti sul territorio nazionale)⁵³: un intento che si spiega, in particolare, con la volontà di riferire l’aggravante ai rumeni, che hanno acquistato lo status di cittadini comunitari solo a decorrere dal 1° gennaio 2007 e che, secondo i più recenti dati del Ministero dell’Interno, tra il 2004 e i 2006 hanno rappresentato nel nostro Paese, tra gli stranieri, la prima nazionalità per numero di denunciati e arrestati per gravi reati quali l’omicidio doloso, la violenza sessuale, il furto e l’estorsione⁵⁴. Nella Relazione governativa al disegno di legge n. S. 692, di conversione del d.l. n. 92/2008, si affermava infatti a chiare lettere, in riferimento

⁵¹ Cfr. ANTONINI, *Le novità del “pacchetto sicurezza” (prima parte)*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008, p. 1367; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Addenda, cit., p. 3. V. anche, nei lavori parlamentari, l’intervento dell’on. Cuperlo (PD) nella seduta del 2 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera.

⁵² Cfr. il citato *Rapporto sulla criminalità in Italia*, p. 336. I dati indicati nel testo possono altresì leggersi in BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 87 s., il quale osserva come “mentre i mezzi di comunicazione di massa enfatizzano l’importanza dei cosiddetti clandestini, entrati illegalmente in Italia, i dati mostrano che sono di gran lunga più numerosi coloro che si sono fermati più di quanto è loro consentito”.

⁵³ Gli stranieri comunitari possono essere illegalmente presenti sul territorio nazionale o perché inosservanti di un provvedimento di allontanamento emesso, a titolo di misura di sicurezza, ai sensi dell’art. 235 c.p., come novellato dal d.l. n. 92/2008 (sia consentito rinviare a GATTA, *Modifiche in tema di espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato*, in AA.VV., “Decreto sicurezza”: tutte le novità, Milano, 2008, p. 49 s. V. anche VIGANO’-VIZZARDI, “Pacchetto sicurezza” ed espulsione, cit.), ovvero per non aver rispettato le disposizioni del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, recante “Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”. Così, ad esempio, è illegittima la presenza sul territorio nazionale del cittadino comunitario non ottemperante ad un provvedimento di allontanamento emesso per «motivi di sicurezza dello Stato», per «motivi imperativi di pubblica sicurezza», o per «altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» (art. 20 d.lgs. n. 30/2007), ovvero per cessazione delle condizioni che determinano il diritto di soggiorno (art. 21 d.lgs. cit.). Altro esempio: i cittadini dell’Unione hanno il diritto di soggiornare nel territorio nazionale per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di un documento d’identità valido per l’espatrio secondo la legislazione dello Stato di cui hanno la cittadinanza (art. 6 d.lgs. cit.). Il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi è riconosciuto (art. 7 d.lgs. cit.) a determinate condizioni (ad es., il cittadino UE lavora o studia in Italia, ovvero dispone per sé stesso e per i propri familiari di risorse economiche sufficienti, per non diventare un onere a carico dell’assistenza sociale dello Stato durante il periodo di soggiorno, e di un’assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo comunque denominato che copra tutti i rischi nel territorio nazionale); per essere esercitato, quel diritto richiede l’adempimento di talune formalità (in particolare, l’iscrizione nell’anagrafe del comune di residenza). Laddove si protragga oltre i tre mesi, pertanto, la presenza sul territorio nazionale del cittadino UE è illegittima qualora non siano soddisfatte le suddette condizioni o formalità.

⁵⁴ Cfr. il citato *Rapporto sulla criminalità in Italia*, p. 363.

all'art. 61 n. 11 *bis* c.p., che “la portata della nuova disposizione, evidentemente, ricomprende sia gli ‘stranieri’ di cui all’articolo 1 del testo unico di cui al d.lgs. n. 286 del 1998 (ovvero i cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea, nonché gli apolidi), sia i cittadini comunitari”⁵⁵. Con un emendamento al d.d.l. n. 733, presentato al Senato dal Governo⁵⁶, è stata successivamente inserita la disposizione sopra richiamata, che esclude dai destinatari dell’aggravante in esame gli stranieri comunitari (compresi quindi i rumeni).

Il perché di questo dietro front del Governo si spiega alla luce delle pressioni politiche degli organi comunitari, che hanno da subito denunciato la contrarietà al diritto comunitario dell’aggravante in esame⁵⁷. Il Servizio giuridico del Parlamento Europeo, in un parere del 15 settembre 2008 sulla “compatibilità con il diritto dell’UE e i diritti fondamentali” dell’aggravante in esame, ha concluso che, per quanto riguarda la presenza irregolare dei cittadini dell’Unione europea, “*le disposizioni pertinenti del diritto comunitario si oppongono a che una legislazione nazionale stabilisca come circostanza aggravante generale in relazione a un crimine o a un delitto, il solo fatto che la persona coinvolta sia un cittadino di uno Stato membro che si trovi irregolarmente sul territorio di un altro Stato membro*”⁵⁸. Lo stesso parere afferma, inoltre, che la direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione, la giurisprudenza comunitaria, il principio della proporzionalità e di non discriminazione basato sulla nazionalità, la Carta dei diritti fondamentali e i trattati si oppongono ad aggravamenti di pena di tale tipo. Si tratta di conclusioni che hanno trovato conferma nella risposta scritta che il 18 novembre 2008 Jacques Barrot, Commissario UE alla Giustizia, Libertà e Sicurezza, ha fornito ad un’interrogazione⁵⁹ alla Commissione presentata da due euro-deputati italiani (gli on. Cappato e Pannella). In tale risposta si legge che “la Commissione ha svolto discussioni bilaterali in cui ha indicato alle autorità italiane le disposizioni ritenute incompatibili con il diritto comunitario. In seguito a tali discussioni, il 15 ottobre 2008 le autorità italiane hanno informato la Commissione che, in relazione al decreto legge n. 92/2008 e alla legge n. 125 del 24 luglio 2008, il governo italiano avrebbe provveduto ad inserire una norma interpretativa che avrebbe escluso chiaramente i cittadini dell’Unione europea dal campo di applicazione personale di determinate disposizioni della normativa, tra cui quelle sulle circostanze aggravanti, in linea con le osservazioni della Commissione sull’*incompatibilità di tali disposizioni con il diritto comunitario*”. Ed è del 15 gennaio 2009 la seguente dichiarazione del Ministro dell’Interno Maroni, in occasione del vertice dei Ministri dell’Interno dei Paesi dell’UE svoltosi a Praga: “oggi ho incontrato il Commissario europeo alla Giustizia Barrot [...] il quale si è complimentato per la scelta che abbiamo fatto di presentare una interpretazione autentica della norma che chiarisce [...] che l’aggravante di clandestinità non si applica ai cittadini dell’Unione Europea”⁶⁰.

⁵⁵ Ad oggi, nelle more dell’introduzione della norma d’interpretazione ‘autentica’ citata nel testo, la dottrina è concorde nel ritenere che l’aggravante oggetto di studio sia riferibile anche agli stranieri comunitari. Cfr. ad es. ANTONINI, *Le novità del “pacchetto sicurezza”*, cit., p. 1363; E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., p. 15 s.; DELLA BELLA, *L’aggravante della clandestinità*, cit., p. 4793; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 10; PLANTAMURA, *La circostanza aggravante*, cit., p. 277.

⁵⁶ Si tratta dell’emendamento n. 1.700, approvato dall’Assemblea del Senato nella seduta del 14 gennaio 2009.

⁵⁷ Ciò – si noti – in attesa dell’approvazione definitiva della richiamata norma di interpretazione ‘autentica’ espone l’art. 61 n. 11 *bis* c.p. a censure di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, comma 1 Cost. Sia consentito rinviare, per un accenno, a GATTA, *Aggravante della ‘clandestinità’: per l’UE è illegittima*, ne *Il Quotidiano Ipsosa* del 28 novembre 2008 (<http://ilquotidianoipsoa.it>).

⁵⁸ Il parere è stato richiesto al Servizio giuridico dal Presidente della Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari interni (LIBE) del Parlamento Europeo.

⁵⁹ L’interrogazione, dalla quale peraltro abbiamo tratto i passi del sopra richiamato parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo, è la n. E-5326/08, e può essere letta in www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ=E-2008-5326=IT. La risposta del Commissario Barrot può invece leggersi in www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2008-5326=IT.

⁶⁰ La dichiarazione è riportata dall’agenzia di stampa AGI.

Va peraltro ribadito che, ad onta di queste 'promesse', il disegno di legge che esclude la riferibilità agli stranieri comunitari dell'aggravante oggetto di studio è tuttora, appunto, un disegno di legge, e non si comprende peraltro (a meno di preoccupazioni politiche 'anti-rumeni') perché non sia stato varato un decreto legge⁶¹, la cui virtù è quella dell'immediata efficacia.

4. *Le denunce di illegittimità costituzionale dell'aggravante nei lavori parlamentari da parte dell'opposizione*

La lettura dei lavori parlamentari conferma quanto si è detto circa le ragioni che hanno indotto l'attuale maggioranza politica a introdurre l'aggravante della clandestinità: *combattere l'immigrazione clandestina*. Emblematiche le parole del capogruppo alla Camera della Lega Nord, on. Cota: "se oggi vogliamo *colpire l'immigrazione clandestina* è chiaro che lo *status* di clandestino deve costituire un'aggravante per chi commette un reato. Mi sembra assolutamente logico"⁶². Secondo questa (pretesa) logica, in particolare, l'aggravante dovrebbe fungere, in chiave di "prevenzione generale"⁶³, da "deterrente"⁶⁴ nei confronti delle scelte dello straniero di:

- a) immigrare illegalmente in Italia;
- b) commettervi dei reati.

Introducendo l'aggravante in esame il legislatore ha dunque inteso inviare agli stranieri un messaggio tanto chiaro quanto suadente alle orecchie degli elettori: l'Italia non è (più) una meta allettante per gli immigrati 'clandestini' dediti al crimine. Ed è, a ben vedere, un messaggio non diverso da quello inviato agli stessi destinatari con l'introducendo reato di immigrazione clandestina che – sono parole dell'on. Bossi, Segretario della Lega Nord e Ministro delle riforme per il federalismo – altro non è che "un monito per far capire agli immigrati che la situazione non è più quella di prima. Ed è anche un messaggio: *non entrate clandestinamente perché rischiate*"⁶⁵.

Le statistiche diranno, nei prossimi anni, se brandire il diritto penale come un randello da mostrare con faccia cattiva agli immigrati sia davvero utile (*efficace*) per risolvere il problema dell'immigrazione clandestina e, con esso, quello della criminalità degli immigrati (è lecito dubitarne).

D'altra parte, come è stato sottolineato anche nel dibattito parlamentare da parte dell'opposizione, la finalità posta a fondamento dell'introduzione dell'aggravante – erigere *un muro contro l'immigrazione clandestina*⁶⁶, tappando così le falle che consentono

⁶¹ La mancata adozione di un decreto legge 'stupisce' ancor più se si considera che il Governo non si è certo mostrato parco nel ricorso alla decretazione d'urgenza (34 i decreti legge nei primi dieci mesi della XVI ed attuale Legislatura), anche in materia penale, tanto da indurre il Presidente della Repubblica, in un incontro con il Presidente del Consiglio, e in un altro con i Presidenti di Camera e Senato, a richiamare l'esigenza di "restituire alle Camere la loro centralità troppe volte mortificata dall'eccessivo ricorso ai decreti legge" (cfr. l'articolo *La querelle sulla decretazione d'urgenza. "Va cambiata anche la Carta, stop al bicameralismo"*, ne *Il Sole 24 Ore* del 28 febbraio 2009, p. 12).

⁶² Cfr. l'intervento dell'on. Cota nella seduta della Camera del 15 luglio 2008.

⁶³ Cfr. l'intervento del sen. Berselli (PdL - relatore del d.d.l. S. 692) nella seduta del Senato dell'11 giugno 2008.

⁶⁴ Cfr. i seguenti interventi: Sottosegretario alla Giustizia Caliendo, nella seduta del 10 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato; sen. Pistorio (MpA), nella seduta del Senato del 24 giugno 2008; on. Molteni (Lega Nord), nella seduta della Camera dell'11 luglio 2008; on. Bocchino (PdL), nella seduta della Camera del 15 luglio 2008 ("la clandestinità è criminogena e, quindi, l'aggravante deve servire come deterrente per evitare la clandestinità").

⁶⁵ Cfr. l'articolo Bossi: *si al reato di clandestinità. Funzionerà come un muro*, ne *Il Corriere della Sera* dell'8 giugno 2008, p. 11.

⁶⁶ L'immagine del muro da erigere contro l'immigrazione clandestina è stata evocata dal Ministro Bossi (cfr. la nota precedente).

l'ingresso illegale di stranieri immigrati nel nostro Paese⁶⁷ – si scontra sul piano empirico con il dato, da noi già richiamato⁶⁸, secondo cui *solo il 36%* degli stranieri irregolari presenti in Italia vi è *entrato* illegalmente, varcando fraudolentemente le frontiere, terrestri o aree (23%), oppure sbarcando sulle coste (13%), per lo più della Sicilia e, in particolare, di Lampedusa. La maggioranza degli immigrati irregolari – due su tre – sono infatti i c.d. *overstayers*, *entrati legalmente* in Italia, con permesso di soggiorno o visto turistico usato per cercare lavoro, e poi rimasti illegalmente dopo la scadenza di quei titoli di ingresso: “per gran parte degli immigrati la caduta nello stato di irregolarità non è intenzionale, ma è dovuta alla perdita di un lavoro e alla incapacità di ritrovare nei tempi giusti un altro lavoro che gli permetta di stare regolarmente nel nostro Paese”⁶⁹. Non si spiega e non è coerente, allora, postulare che si vuole combattere “chi non rispetta le nostre frontiere”⁷⁰, ignorando che è stata introdotta un’aggravante che abbraccia *anche* gli *overstayers*.

Gli esponenti dell’opposizione non si sono tuttavia limitati alla critica *politica* dell’aggravante in esame: ne hanno altresì denunciato a più riprese, in Parlamento, la contrarietà all’art. 3 Cost. (oltre che ai divieti di discriminazione previsti da atti internazionali ratificati dall’Italia – *in primis* dall’art. 14 CEDU). Quell’aggravante, si è detto, “prefigura una chiara e infondata *disparità di trattamento* – sotto il profilo della determinazione della pena – tra soggetti responsabili del *medesimo reato* in ragione del diverso *status* di cittadino o di soggetto che illegittimamente si trovi sul territorio nazionale, in questo *prescindendo* da ogni valutazione che giustifichi l’aumento di pena in ragione di *una maggiore pericolosità del soggetto*”⁷¹. Con la sua introduzione si “valuta di per sé meritevole di un trattamento differenziato non il ‘fatto’ commesso, ma lo *status* soggettivo dell’‘autore’”; nel reato commesso dal ‘clandestino’ “non è infatti ravvisabile alcuna *maggior lesività* dei fatti né alcuna connessione con le ragioni costitutive dell’*offesa al bene giuridico* tutelato dal reato-base, dal momento che la norma non opera una differenziazione del trattamento in base ad una selezione dei fatti o eventi commessi dal reo, né consente un apprezzamento della effettiva *capacità a delinquere* del soggetto, tale da giustificare un più grave regime punitivo”⁷².

5. *Gli argomenti del Governo e della maggioranza a difesa della legittimità costituzionale dell’aggravante: esame e critica*

A fronte di questi e analoghi rilievi, che risuonano più volte nei lavori parlamentari, gli esponenti del Governo, intervenuti nelle Commissioni parlamentari, si sono in più di un’occasione limitati a sostenere la legittimità costituzionale dell’aggravante in modo meramente assertorio. Ne danno atto i resoconti parlamentari: il Sottosegretario alla Giustizia Caliendo ha rilevato come “l’introduzione della nuova aggravante comune, relativa alla commissione del reato da parte di un soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale, non ponga di per sé problemi di compatibilità con il dettato

⁶⁷ Cfr. ad es. l’intervento del sen. Mazzatorta (Lega Nord), nella seduta del Senato dell’11 giugno 2008.

⁶⁸ Cfr. *supra*, § 3.

⁶⁹ Così il sen. Livi Bacci (PD) nella seduta del Senato dell’11 giugno 2008. V. anche, nella seduta del 17 giugno 2008, l’intervento del sen. D’Alia (UDC).

⁷⁰ Così il sen. Mazzatorta (Lega Nord), nel già citato intervento durante la seduta del Senato dell’11 giugno 2008.

⁷¹ Così la proposta di questione pregiudiziale QP1 a firma del sen. Zanda (PD) e altri, presentata all’Assemblea del Senato, e ivi respinta, nella seduta dell’11 luglio 2008, che può leggersi, in allegato al resoconto della seduta, in *www.senato.it*.

⁷² Così la proposta di questione pregiudiziale QP2 a firma del sen. Li Gotti (IdV) e altri, anch’essa presentata all’Assemblea del Senato e ivi respinta nella seduta dell’11 luglio 2008.

costituzionale⁷³, mentre il Ministro della Giustizia Alfano, nel suo *unico* intervento, si è limitato ad affermare che alla base dell'aggravante oggetto di studio non vi è "alcun pregiudizio etnico" e a "ricorda[re] che la stessa si applica, come d'altronde si evince testualmente, a chi sia già 'colpevole': *a chi abbia già commesso un reato*"⁷⁴. Nulla più, dunque, dell'ovvio rilievo che le circostanze aggravanti del reato si applicano nei confronti...di chi ha commesso un reato.

Ben più interessanti sono gli interventi con i quali gli esponenti della maggioranza parlamentare hanno invece cercato di ribattere alle censure di incostituzionalità sollevate dall'opposizione, ricorrendo, sostanzialmente, a tre diverse argomentazioni.

5.1. *La violazione della disciplina sull'ingresso e il soggiorno nello Stato, e non già il mero status di 'clandestino', come fondamento dell'aggravante*

Un primo gruppo di interventi, quello numericamente più consistente, ha negato il carattere soggettivo dell'aggravante affermando che l'aumento di pena che essa comporta si giustifica non già per "un semplice *status*" del soggetto agente o per un suo "modo di essere", bensì per la sua condotta: per ciò che ha *fatto*, cioè per il suo mancato rispetto della disciplina sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel nostro Paese. Ha in tal senso affermato l'on. Bocchino (PdL): "non puniamo [gli immigrati 'clandestini'] *per quello che sono*, ma puniamo *per quello che hanno fatto*, cioè *per essere entrati in modo irregolare* all'interno di un Paese che ha delle leggi e che ha sottoscritto dei trattati internazionali"⁷⁵. In modo del tutto analogo si sono espressi: il Sottosegretario all'Interno Mantovano: "la norma in questione punisce una *condotta* – e non un semplice *status* – consistente nella violazione delle regole relative al regolare ingresso nel territorio dell'Unione Europea"⁷⁶; l'on. Santelli (PdL): "definire l'aggravante per la clandestinità una sorta di 'aggravante d'autore' [...] oggettivamente mi sembra non solo fuori luogo, ma non risponde in nulla a quanto è scritto in questo testo [...]: il presupposto che sta alla base dell'aggravante [infatti] non è una condizione soggettiva, ma il dato oggettivo della violazione di legge"⁷⁷; l'on. Bertolini (PdL): "se in questo Paese si può entrare con un permesso regolare, chi entra senza documenti e senza permesso evidentemente non lo poteva fare. Ciò non rappresenta un modo di essere o una caratteristica personale, ma è semplicemente un comportamento vietato dalle nostre leggi"⁷⁸.

Il tentativo di escludere che l'aggravante in esame abbia carattere soggettivo – si riferisca cioè a una condizione o *status* del soggetto agente – ha trovato espressione nell'unica modifica alla disposizione in esame, apportata dal Senato in sede di conversione del "Decreto sicurezza". La versione originaria dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. faceva dipendere l'aggravamento di pena dalla circostanza che "il fatto è commesso *da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale*"; il testo emendato dalla legge di conversione, come si sa, fa invece dipendere l'aggravamento di pena da "l'aver il colpevole commesso il fatto *mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*". Dai lavori

⁷³ Cfr. l'intervento del Sottosegretario Caliendo nella seduta del 4 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera.

⁷⁴ Cfr. l'intervento del Ministro Alfano nella seduta del 3 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera.

⁷⁵ Così l'intervento dell'on. Bocchino nella seduta della Camera del 15 luglio 2008.

⁷⁶ Così l'intervento del Sottosegretario Mantovano nella seduta del 7 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera. Di analogo tenore l'intervento del Sottosegretario alla Giustizia Caliendo, nella seduta del Senato del 17 giugno 2008 (antimeridiana).

⁷⁷ Così l'intervento dell'on. Santelli nella seduta della Camera dell'11 luglio 2008.

⁷⁸ Così l'intervento dell'on. Bertolini nella seduta della Camera dell'11 luglio 2008.

preparatori⁷⁹ si evince che con questo emendamento il legislatore avrebbe inteso “armonizzare” l’aggravante in esame con quelle di cui ai nn. da 1 a 11 dell’art. 61 c.p., che “formulano l’aggravante con riferimento alle modalità di compimento dell’azione o alle finalità della stessa (l’aver commesso il fatto per/con/durante/ecc.), e non già – come nell’originaria versione del n. 11 *bis* – con riferimento alla condizione del soggetto agente (se il fatto è commesso da soggetto che...)”.

Senonché la versione definitiva della disposizione in esame equivale, nella sostanza, a quella originaria: fa pur sempre riferimento non già alle modalità della condotta o alle finalità della stessa, ma ad una *condizione personale* del “colpevole” – quella di persona illegalmente presente sul territorio nazionale al momento della commissione del fatto-reato⁸⁰.

D’altra parte, *sul piano lessicale* l’uniformità con le altre aggravanti comuni elencate nell’art. 61 c.p., perseguita dal legislatore, va ravvisata con la c.d. aggravante della latitanza, di cui al n. 6: l’unica che, come quella oggetto di studio, attribuisce rilievo alla commissione del reato nel periodo di tempo in cui l’agente si trova in una determinata condizione personale: “*durante*” il tempo in cui è latitante, nell’un caso, “*mentre*” è

⁷⁹ Cfr. la Relazione del Servizio Studi del Senato sul disegno di legge A.S. n. 692-B, p. 32, che può leggersi in www.senato.it.

⁸⁰ Cfr. FRIGO, *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, in *Guida dir.* 2008, n. 33, p. 12; PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1079; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 7, nota 8. La sostanziale equivalenza tra l’originaria formulazione della disposizione in esame e quella risultante a seguito della l. n. 125/2008, di conversione del d.l. n. 92/2008, lascia dunque aperte le questioni di legittimità costituzionale che, come abbiamo detto, sono state sollevate dalle citate ordinanze di rimessione dei giudici di Latina, Livorno e Ferrara *prima* della legge di conversione. La circostanza che, *dopo* il deposito di quelle tre ordinanze di rimessione, sia intervenuta una modifica normativa della disposizione censurata sarà verosimilmente presa in considerazione dalla Corte costituzionale nel giudizio sulla *rilevanza e ammissibilità* delle questioni sollevate. In ipotesi di *ius superveniens* la Corte, in genere, rimette gli atti al giudice *a quo* perché valuti nuovamente la rilevanza della questione di legittimità considerando – quando, come nel caso di specie, ad essere censurate sono disposizioni penali – l’incidenza delle modifiche normative sul giudizio principale *alla luce della disciplina sulla successione di leggi penali* (cfr. ad es. Corte cost. 24 febbraio 2006 n. 70, in questa *Rivista* 2006, p. 298 s., con nota di C. PECORELLA, *Corte costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza*, a proposito della riforma delle false comunicazioni sociali, operata della l. 28 dicembre 2005, n. 262; Corte cost. 12 marzo 2008 n. 83, in *Giur. cost.* 2008, p. 1023 s., a proposito della modifica di una norma definitiva rilevante per la disciplina penale dei rifiuti). Nel caso che ci occupa, tuttavia, la decisione della Corte potrebbe essere diversa: la modifica di cui si tratta riguarda *solo la formulazione linguistica e non la sostanza* della disposizione censurata, rimasta identica, sicché può dirsi – e la Corte ben potrebbe rilevarlo da sé – che non ha comportato alcuna ‘successione di leggi penali’ *produttiva di effetti* nel giudizio principale (nel senso che ove sia “palese l’ininfluenza” dello *ius superveniens* la Corte “decide nel merito” v. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5^a ed., Milano, 2008, p. 195. Per un precedente relativo alla materia penale v. ad es. Corte cost. 14 dicembre 2005 n. 466, in *Giur. cost.* 2005, p. 4983 s.). La restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, nel caso che ci occupa, ci sembra d’altra parte che possa essere esclusa alla luce della giurisprudenza della Corte che: a) ammette la possibilità che il giudizio di costituzionalità sulle disposizioni di un decreto legge possa essere ‘trasferito’ sulle *identiche* disposizioni di un decreto legge *convertito con emendamenti* (cfr., anche per l’indicazione di alcune pronunce, CERRI, *op. cit.*, p. 107; MALFATTI-PANIZZA-ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, p. 99. V. anche FOIS, *Problemi relativi agli effetti della conversione sull’impugnativa dei decreti legge*, in *Giur. cost.* 1968, p. 171 s.); b) già negli anni sessanta (cfr. Corte cost. 15 giugno 1967 n. 75, in *Giur. cost.* 1967, p. 949 s., commentata da FOIS, *op. cit.*) ha in particolare riconosciuto il *trasferimento, dal decreto legge alla legge di conversione*, delle questioni sollevate in riferimento alle disposizioni del decreto legge, sostituite dalla legge di conversione con disposizioni *pressoché identiche nel testo*; c) a partire dagli anni novanta (cfr. Corte cost. 18 marzo 1996 n. 84 e Corte cost. 22 luglio 1996 n. 270, entrambe in *Giur. cost.* 1996, rispettivamente p. 764 s. e p. 2377 s.) ha affermato il principio secondo cui “la censura rivolta nei confronti di una disposizione che esprima una determinata norma [può] riferirsi [essere cioè ‘trasferita’] alla medesima norma riprodotta in una diversa e successiva disposizione, *identica nel nucleo precettivo essenziale*”: ciò in quanto *la Corte pronuncia su disposizioni ma giudica su norme*, sicché “è la immutata persistenza di quest[e] ultim[e] nell’ordinamento ad assicurare la perdurante ammissibilità del giudizio di costituzionalità sotto il profilo dell’inalterata sussistenza del suo oggetto” (cfr. Corte cost. n. 84/1996, cit).

‘clandestino’ (*rectius*, illegalmente presente sul territorio nazionale), nell’altro. E l’uniformità con l’aggravante della latitanza – che peraltro, come diremo, riguarda la mera formulazione testuale e non anche la situazione contemplata da quell’aggravante e la *ratio* del relativo aumento di pena⁸¹ – depone nel senso *opposto* alle considerate intenzioni del legislatore: l’aggravante della ‘latitanza’ – al pari di quella della ‘clandestinità’ – ha infatti natura soggettiva, perché dà rilievo alla *condizione personale* di latitante propria del colpevole⁸². Una condizione personale che – come anche quella di persona illegalmente presente sul territorio nazionale – presuppone logicamente una condotta illecita del soggetto agente, che abbia determinato la condizione medesima: l’essersi volontariamente sottratto all’esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione spedito per un precedente reato, nell’un caso; la violazione della disciplina relativa all’ingresso e al soggiorno nello Stato, nell’altro.

Rimane allora il problema di valutare se sia ragionevole o meno – e non già discriminatoria – la previsione di un’aggravante per gli immigrati stranieri che, allorché commettono un reato, si trovano *nella condizione* di persone illegalmente presenti sul territorio nazionale: come si giustifica la maggior pena per gli autori di reato che si trovano in quella condizione? Non certo, come pure è stato detto⁸³, in considerazione del fatto che essi hanno violato la disciplina sull’ingresso e il soggiorno nello Stato: la violazione di quella disciplina giustifica la pena *per l’introducendo reato di immigrazione clandestina*, non anche l’aumento di pena per il *diverso* reato commesso dall’immigrato irregolare, che, per come è formulata l’aggravante, *può non avere nulla a che fare con la sua presenza illegale sul territorio nazionale* (si pensi ancora, tra i molti possibili, all’esempio dell’ingiuria proferita durante una banale lite legata alla circolazione stradale)⁸⁴.

Lo ha d’altra parte riconosciuto, in seno alla maggioranza, l’on. Pecorella (PdL): “la presenza illegale nel territorio dello Stato è di per sé uno *status* di illiceità, e [...] la *precarietà delle condizioni di vita* e la *diversità di cultura* possono certamente determinare un *legame tra il predetto status e la commissione di molti reati*. Tuttavia *non può dirsi che sia sempre così*, poiché *vi sono molti reati*, come quelli che sono commessi nel contesto familiare, *che prescindono completamente dalla presenza illegale del soggetto sul territorio*”⁸⁵.

5.2. La maggiore pericolosità del ‘clandestino’

Un secondo e diverso gruppo di interventi di esponenti della maggioranza parlamentare non ha messo in discussione il carattere soggettivo dell’aggravante, ma ha tentato di giustificarne la previsione alla luce di una ritenuta *maggior pericolosità del*

⁸¹ Cfr. *infra*, § 5.3.

⁸² Cfr., ad es., CONTU, *L’aggravante della latitanza*, in *Scuola pos.* 1937, p. 98; BETTIOL, *Diritto penale*, 11^a ed., cit., p. 532; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, 5^a ed. (aggiornata da NUVOLONE e PISAPIA), Torino, 1981, p. 206; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Bologna, 2007, p. 431; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 5^a ed., Padova, 2007, p. 398; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano, 2003, p. 473; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3^a ed., 2004, art. 61, p. 667. In giurisprudenza v. Cass. Sez. V 17 gennaio 1967, Bellotti, in *Ced Cassazione*, m. 104246; Cass. Sez. II, 24 aprile 1986, Esposito, in *Cass. Pen.* 1987, p. 1889.

⁸³ Oltre ai già citati interventi di esponenti della maggioranza nel dibattito parlamentare cfr., in dottrina, E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., p. 15.

⁸⁴ Non è pertanto condivisibile l’opinione di chi, in dottrina, ha ritenuto “sensata” l’introduzione dell’aggravante oggetto di studio in quanto essa stigmatizzerebbe “i reati consumati in clandestinità, inasprendo le sanzioni per le violazioni di beni giuridici commesse da chi versi già *in re illicita*”. Così ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità*, cit., p. 1729.

⁸⁵ Così l’intervento dell’on. Pecorella nella seduta del 3 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera (corsivi aggiunti).

clandestino, rispetto a quella del cittadino italiano o dello straniero regolare. Si legge nei lavori parlamentari, ad esempio, che un'esponente della maggioranza, "pur rilevando che la norma formerà oggetto di giudizio di legittimità costituzionale", ha ritenuto "non peregrina la scelta del Governo [di introdurre l'aggravante in esame], essendo *un dato di comune evidenza che la pericolosità sociale di un clandestino sia superiore rispetto a quella di chi sia regolarmente identificato*"⁸⁶. Sarebbe dunque più probabile che il 'clandestino' commetta reati rispetto al cittadino italiano o allo straniero 'regolare': il che giustificerebbe, in chiave special-preventiva, il *maggior bisogno di pena* per l'uno, rispetto che per gli altri.

Secondo autorevole dottrina, in quest'ordine di idee l'aggravante si regge su una *logica presuntiva* che comporta una "vistosa e ingiustificabile rottura con l'uguaglianza"⁸⁷, mentre secondo l'opposto punto di vista dei fautori dell'aggravante la presunzione di pericolosità "del clandestino" si giustificerebbe alla luce dei dati statistici su immigrazione e criminalità. Emblematiche le parole del sen. Bricolo (Lega Nord): "al Nord, in Padania, il 70 % dei reati viene commesso proprio dai clandestini: sono loro che spacciano droga fuori dalle scuole, che sfruttano le prostitute, che si sono specializzati nelle rapine e nei furti negli appartamenti"⁸⁸.

Più di una ragione milita *contro* la pretesa giustificazione della presunzione di maggior pericolosità del 'clandestino'.

Non si ignora quel che emerge nell'ultimo *Rapporto sulla criminalità in Italia* del Ministero dell'Interno, edito nel 2007, dove si legge, ad esempio, che nel 2006, tra gli stranieri denunciati per omicidio doloso consumato il 74% è irregolare, e la percentuale sale al 79% per le rapine e all'88% per i furti con destrezza⁸⁹. Tuttavia evocare simili dati statistici per argomentare la ragionevolezza della *presunzione di maggior pericolosità dello straniero 'clandestino'* espone i fautori dell'aggravante in esame ad almeno due obiezioni.

1) Quei dati si riferiscono genericamente agli stranieri irregolari: tanto agli *overstayers* quanto ai clandestini. Non possono perciò, a rigore, essere invocati per argomentare la maggiore pericolosità *dei clandestini*. Tanto più se è vero che, come abbiamo già ricordato⁹⁰, le statistiche mostrano che *solo uno straniero irregolare ogni tre è un vero e proprio clandestino*⁹¹: un dato sottolineato, nel corso dei lavori parlamentari, dal Capo della Polizia Manganelli, durante la sua audizione informale del 29 maggio 2008 davanti alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato⁹², ma che non ci risulta sia stato fino ad oggi messo a frutto nelle indagini statistiche e sociologiche sulla criminalità degli immigrati⁹³.

2) Assorbente è d'altra parte il rilievo che dati statistici come quelli sopra citati, eventualmente anche più completi (come sarebbe auspicabile), nulla dicono *sulle singole*

⁸⁶ Così l'intervento del sen. Pastore (PdL) nella seduta del 3 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato.

⁸⁷ PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080; ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in questa *Rivista* 2008, p. 1016, in nota.

⁸⁸ Cfr. l'intervento del sen. Bricolo nella seduta del Senato del 24 giugno 2008. V. anche l'intervento dell'on. Bocchino (PdL) nella seduta della Camera del 15 luglio 2008.

⁸⁹ Cfr. il *Rapporto sulla criminalità in Italia* del 2007, curato dal Ministero dell'Interno, p. 361, tab. IX.19. V. anche BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 88 s.

⁹⁰ Cfr. *supra*, §§ 3 e 4.

⁹¹ Cfr. il citato *Rapporto sulla criminalità in Italia*, p. 336. V. anche BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità*, cit., p. 88, tab. 3.1.

⁹² Lo riferisce il sen. D'Alia (UDC), nel suo intervento nella seduta del Senato del 17 giugno 2008.

⁹³ Né il citato *Rapporto sulla criminalità in Italia* del 2007, né il già citato studio di Barbagli, mettono in relazione con il fenomeno della criminalità il pur rilevato dato sulla percentuale di veri e propri clandestini sul totale degli immigrati irregolari.

persone⁹⁴. E nel diritto penale – dove la responsabilità è *personale* (art. 27, co. 3 Cost.) – il giudizio sulla pericolosità *di una determinata persona non ammette presunzioni* di sorta: nessuna indagine statistica, per quanto accurata, può consentire al giudice di *presumere* la pericolosità di un immigrato dalla mera circostanza della sua presenza illegale sul territorio nazionale, prescindendo cioè da una valutazione riferita *al caso concreto*: a *quell'*immigrato irregolare (alla sua *persona*). Se ne ha conferma gettando lo sguardo, a volo d'uccello, sui principali luoghi dell'ordinamento penale nei quali viene in rilievo, per finalità diverse, il giudizio sulla pericolosità dell'autore di un reato (o di un c.d. quasi reato), cioè sulla *probabilità o possibilità che questi in futuro torni a commettere reati*.

a) *Misure di sicurezza*. Il *divieto di presunzioni di pericolosità* è notoriamente stabilito in materia di misure di sicurezza dove, dopo l'abrogazione dell'art. 204 c.p. ad opera dell'art. 31 della l. 10 ottobre 1986 n. 663 (c.d. legge Gozzini), non sono più tollerate ipotesi in cui la qualità di persona socialmente pericolosa – presupposto per l'applicazione di quelle misure – sia presunta *ex lege*. Prima della legge Gozzini, del resto, il superamento della pericolosità presunta era già stato avviato dalla Corte costituzionale⁹⁵, a partire dai primi anni settanta, con la dichiarazione di illegittimità di singole previsioni di pericolosità presunta, relative al minore non imputabile⁹⁶; al prosciolto per infermità di mente⁹⁷; al seminfermo di mente⁹⁸: tutte presunzioni ritenute dalla Corte *irragionevoli*, perché *non supportate da valutazioni obiettive ed uniformi desunte dalla comune esperienza*, che consentano di ritenere la probabilità di un futuro comportamento criminoso da parte di chi abbia commesso un reato⁹⁹. Successivamente all'abrogazione dell'art. 204 c.p. la Corte ha affermato che “in seguito all'adozione dell'art. 31 della legge 10 ottobre 1986 n. 663 vige [nell'ordinamento penale] il principio che “tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa” e, in applicazione di questo principio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 86, co. 1 t.u. l. stup., nella parte in cui non subordinava all'accertamento *in concreto* della sussistenza della pericolosità sociale l'applicazione della misura di sicurezza dell'*espulsione dello straniero* condannato per reati in materia di stupefacenti¹⁰⁰. E oggi è scolpito a chiare lettere nell'art. 15 d.lgs. n. 286/1998 (t.u. immigrazione) che “il giudice può ordinare l'espulsione dello *straniero* [...] *sempre che risulti socialmente pericoloso*”.

b) *Commisurazione della pena*. Pacificamente avulso da presunzioni legali e calato in concreto sulla persona del colpevole è il giudizio sulla sua *capacità a delinquere*, cioè attitudine a commettere in futuro nuovi reati¹⁰¹: un criterio di commisurazione della pena

⁹⁴ Cfr. PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080.

⁹⁵ Lo ha ricordato, da ultimo, PULITANO', *Giudizi di fatto*, cit., p. 1013 s.

⁹⁶ Cfr. Corte cost. 20 gennaio 1971 n. 1, in *Giur. Cost.* 1971, p. 1 s., con nota di VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*.

⁹⁷ Cfr. Corte cost. 27 luglio 1982 n. 139, in questa *Rivista* 1982, p. 1585 s., con nota di MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*.

⁹⁸ Cfr. Corte cost. 28 luglio 1983 n. 249, in questa *Rivista* 1984, p. 460 s., con nota di GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale (a proposito della sentenza n. 249 del 1983)*.

⁹⁹ Prima dell'abrogazione dell'art. 204 c.p., infatti, la giurisprudenza della Corte accettava in via di principio le presunzioni di pericolosità, ma le riteneva ragionevoli solo in quanto fondate su “valutazioni obiettive ed uniformi desunte dalla comune esperienza”. Cfr. ad es. Corte cost. n. 1/1971, cit.; Corte cost. 15 giugno 1972 n. 106, in *Giur. cost.* 1972, p. 1203 s., con note di FALZONE e di VASSALLI. V. anche PULITANO', *Giudizi di fatto*, cit., p. 1013 s.; DODARO, *Discriminazione dello straniero*, cit., p. 1646 s.

¹⁰⁰ Corte cost. 24 febbraio 1995 n. 58, in *Giur. cost.* 1995, p. 493 s.

¹⁰¹ Per la concezione della capacità a delinquere intesa non già come giudizio proiettato al passato – come attitudine del soggetto al fatto commesso – bensì, alla luce di un'interpretazione conforme a Costituzione, come giudizio proiettato *al futuro* – come attitudine del soggetto a commettere nuovi reati - cfr. ad es. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 511. La distinzione tra i concetti di capacità a delinquere e pericolosità sociale è stata oggetto, soprattutto in passato, di un

che l'art. 133, co. 2 c.p. impone al giudice di desumere, *tra l'altro* (non già *unicamente*), dalle "condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo", formula attraverso la quale hanno ingresso, nella commisurazione della pena, fattori socio-ambientali di criminogenesi¹⁰² quale certo *può* essere – ma non *sempre* è e può presumersi che sia – la condizione di straniero illegalmente presente sul territorio nazionale¹⁰³.

c) *Sospensione condizionale della pena*. Il principio secondo cui la capacità a delinquere dello straniero illegalmente presente in Italia non può desumersi *unicamente* dalla mera condizione di extracomunitario privo di fissa dimora e di stabile occupazione è stato affermato dalla Corte di cassazione in tema di sospensione condizionale della pena: un beneficio che, ai sensi dell'art. 164 c.p., può essere concesso "soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati". Ebbene, per la Cassazione¹⁰⁴ la tesi secondo cui lo straniero extracomunitario, privo in Italia di fissa dimora e di stabile occupazione, sarebbe per ciò solo "tendenzialmente dedito alla consumazione di illeciti" è "del tutto *arbitraria ed inaccettabile*, laddove essa pretende di collegare la presunzione di pericolosità sociale a *detta semplice condizione personale*, in assenza di ogni altro elemento concreto di segno contrario".

d) *Misure alternative alla detenzione*. L'ammissione a tali misure, contemplate dagli artt. 47 e s. ord. penit. (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà), è preclusa ai soggetti che si possa ritenere che, mentre vi sono sottoposti, tornino a commettere reati. Una recente sentenza della Corte costituzionale (la n. 78 del 2007), con un'affermazione lapidaria che pende come una spada di Damocle sull'aggravante oggetto di studio¹⁰⁵, ha affermato che la "condizione soggettiva" del "mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] di per sé non è univocamente sintomatica [...] di una particolare pericolosità sociale"¹⁰⁶. E in applicazione di questo principio la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di talune disposizioni dell'ordinamento penitenziario¹⁰⁷, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 27 Cost., ove interpretate (in conformità ad un non incontrovertito orientamento della Cassazione) nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo di permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle *misure alternative alla detenzione*; una preclusione che – *al pari dell'aumento di pena previsto dall'aggravante in esame*¹⁰⁸ – si sarebbe voluta collegata *in modo automatico* alla condizione soggettiva di 'clandestinità' o, comunque, di irregolarità dello straniero.

Orbene, volendo trarre le conclusioni ci sembra senz'altro *irragionevole* pensare che l'ordinamento tolleri una presunzione di pericolosità dell'immigrato 'clandestino' condannato per il reato x (ad es. furto), allorché si tratta di riconoscere ed applicare nei suoi confronti l'*aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis c.p.*, e che, invece, non tolleri più quella medesima presunzione quando si tratta di valutare la concessione di *misure alternative alla detenzione*, l'adozione della *misura di sicurezza dell'espulsione* dallo Stato, la *capacità a delinquere* del reo quale criterio di commisurazione della pena, la concedibilità della *sospensione condizionale* della pena.

ampio dibattito, per un quadro del quale possono vedersi, ad es., BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in ID., *Scritti giuridici*, tomo I, Padova, 1966, p. 382 s.; DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, p. 9 s.

¹⁰² Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 511.

¹⁰³ In questo senso PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080.

¹⁰⁴ Cass. Sez. VI 20 maggio 1998, Citora, in *Cass. Pen.* 1999, p. 2536. V. anche, da ultimo, Cass. Sez. VI, 10 maggio 2006, P., in *Guida dir.* 2006, n. 38, p. 78 e, con motivazione, in *De Jure*.

¹⁰⁵ Nonché, ci sembra, anche sul novellato art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p.

¹⁰⁶ Corte cost. 16 marzo 2007 n. 78, cit.

¹⁰⁷ Si tratta degli artt. 47, 48 e 50.

¹⁰⁸ Lo sottolinea PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080; ID., *Giudizi di fatto*, cit., p. 1016, in nota.

Potrebbe obiettarsi – nella prospettiva di un “modello concettuale di approccio ai problemi di tipizzazione del pericolo” che la Corte costituzionale adotta a proposito delle fattispecie di pericolo astratto e che, prima dell’abrogazione dell’art. 204 c.p., adottava in materia di presunzione di pericolosità nella disciplina delle misure di sicurezza¹⁰⁹ – che il sistema tollera presunzioni di pericolosità, quando sono *ragionevoli* in quanto di esse si può dire, sulla base di valutazioni *obiettive* ed *uniformi* desunte dalla comune esperienza, che corrispondono all’*id quod plerumque accidit*¹¹⁰. L’obiezione è però superabile, atteso che la presunzione di maggiore pericolosità dello straniero illegalmente presente sul territorio nazionale è *priva di fondamento empirico*¹¹¹: corrisponde a un luogo comune (e a un pregiudizio) diffuso in un settore dell’opinione pubblica, ma non già all’*id quod plerumque accidit*. Per quanto, anche dal punto di vista emozionale, possano destare una certa impressione i non molti e completi dati statistici che evidenziano una significativa relazione tra immigrazione e criminalità¹¹², non vanno tuttavia dimenticati *altri dati*, assai più impressionanti per consistenza numerica, che sfaldano l’idea di un’associazione necessaria tra immigrazione irregolare e criminalità. Il riferimento è ai dati relativi alle *periodiche sanatorie dei ‘clandestini’*, la *più grande* delle quali, nel 2002, fu disposta proprio dal Governo Berlusconi e riguardò ben *634.728 persone*¹¹³. Quei dati mostrano che un numero molto elevato di ‘clandestini’ presenti nel nostro Paese (ma “nessuno sa quanti siano” complessivamente)¹¹⁴ – si pensi ad esempio alle *colf* e ‘badanti’ irregolari, che sarebbero oggi *più di un milione*¹¹⁵ – svolge un’attività lavorativa e dispone di una fissa dimora (si tratta di requisiti per l’accesso alle sanatorie): si trova dunque in una condizione di vita paragonabile a quella di tanti cittadini italiani o stranieri ‘regolari’, dei quali non può certo dirsi probabile, e *presumersi*, che commetteranno in futuro reati¹¹⁶.

Di più: chi volesse ancora sostenere che l’aggravante oggetto di studio si giustifica per la maggiore pericolosità dello straniero irregolare, dovrebbe spiegare, in modo *ragionevole*, perché mai la legge attribuisce *uguale rilievo*, in termini di pericolosità, da un lato alla situazione dello straniero clandestino, già espulso dallo Stato e rientrato in Italia

¹⁰⁹ Cfr. PULITANO’, *Giudizi di fatto*, cit., p. 1010 s.

¹¹⁰ *Ibidem*. V. anche DODARO, *Discriminazione dello straniero*, cit., p. 1646 s. Nella giurisprudenza costituzionale v. ad es. Corte cost. n. 1/1971, cit.

¹¹¹ In senso conforme DODARO, *Discriminazione dello straniero*, cit., p. 1651.

¹¹² Ma, come abbiamo accennato, esistono anche indagini che negano o comunque ridimensionano fortemente (limitandola a taluni delitti contro il patrimonio: furto e rapina) l’impatto dell’immigrazione sulla criminalità nel nostro Paese. Cfr. BIANCHI-BUONANNO-PINOTTI, *Do immigrants cause crime?*, cit.; ID., *Crimini e immigrati*, cit. Secondo i tre economisti, che hanno condotto un’indagine relativa al periodo 1990-2003, ponendo a confronto i dati ministeriali relativi al rilascio dei permessi di soggiorno con quelli emergenti dagli annuari ISTAT delle statistiche giudiziarie in materia penale, nel periodo esaminato “il numero di permessi di soggiorno in rapporto al totale della popolazione residente è quintuplicato, da meno dello 0.8 a quasi il 4 per cento. A tale crescita non è tuttavia associato alcun aumento sistematico della criminalità, che mostrerebbe invece una lieve flessione. A livello nazionale, dunque, *non emerge alcuna correlazione significativa tra immigrazione e criminalità*”. Una simile correlazione viene invece registrata dai tre economisti a livello locale (nelle province italiane che hanno attratto un maggior numero di immigrati in rapporto alla popolazione) “esclusivamente” in relazione ai reati contro il patrimonio.

¹¹³ Cfr. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 125, il quale riferisce che si è trattato della “più grande sanatoria nella storia europea”.

¹¹⁴ Cfr. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 91.

¹¹⁵ Lo riferisce l’Adoc, sindacato dei consumatori, in una nota del 23 dicembre 2008 pubblicata in www.adoc.org, nella quale si critica la decisione del Governo di riservare solo 105.400 posti per *colf* e badanti nel ‘decreto flussi’ 2008 (D.P.C.M. 3 dicembre 2008, recante “Programmazione transitoria dei flussi d’ingresso dei lavoratori extracomunitari non stagionali nel territorio dello Stato per l’anno 2008”). In particolare, secondo una ricerca dell’Adoc, su 1.700.000 badanti presenti in Italia – in gran parte provenienti dall’Est europeo ma anche dal Sud America e dalle Filippine – solo 650.000 sono regolarizzate. In 1.050.000 famiglie italiane vivono pertanto badanti irregolari. Cfr. l’articolo *Badanti: senza sanatoria nessuna assistenza per 600.000 anziani. Per Adoc è grave danno sociale*, pubblicato il 13 maggio 2008 in www.adoc.org.

¹¹⁶ Cfr., analogamente, VIGANO’-VIZZARDI, “*Pacchetto sicurezza*” ed espulsione, cit., p. 813, nota n. 2.

varcando fraudolentemente la frontiera in violazione del divieto di reingresso e, dall'altro lato, dello straniero (c.d. *overstayer*) che, invece, è entrato in Italia munito di un regolare permesso di soggiorno, successivamente scaduto e non rinnovato, ad esempio in ragione della perdita del posto di lavoro¹¹⁷. Negare che questa equiparazione si risolva in una discriminazione irragionevole è davvero arduo se si considera che la citata sentenza n. 78/2007 della Corte costituzionale – è la sentenza che ha dichiarato illegittima l'esclusione dall'accesso alle misure alternative per gli extracomunitari 'clandestini' – ha bollato come *irragionevole* accomunare, *quali espressive di una medesima pericolosità sociale*, “*situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione*”.

Se poi, infine, venisse definitivamente approvata la citata norma d'interpretazione 'autentica', prevista dal d.l.l. n. S. 733, che esclude la riferibilità dell'aggravante in esame agli stranieri comunitari¹¹⁸, chi volesse ancora sostenere la tesi della maggiore pericolosità degli extracomunitari e degli apolidi illegalmente presenti in Italia dovrebbe spiegare ragionevolmente perché mai, *a parità di presenza illegale sul territorio nazionale*, quei soggetti (ad es., marocchini, tunisini, albanesi, ecc.) sarebbero più pericolosi degli stranieri comunitari *illegalmente* presenti in Italia (ad es., rumeni, bulgari, polacchi, ecc.), in ipotesi perché non hanno osservato un provvedimento di “allontanamento” emesso, ai sensi dell'art. 235 c.p. (come novellato dal d.l. n. 92/2008), quale misura di sicurezza conseguente ad una condanna alla reclusione per un tempo superiore ai due anni¹¹⁹.

5.3. *L'affinità con altre aggravanti comuni e, in particolare, con quella della 'latitanza' (art. 61 n. 6 c.p.)*

Un terzo e ultimo gruppo di interventi di esponenti del Governo e della maggioranza parlamentare ha infine argomentato la legittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità cercando di mostrarne *l'affinità con altre aggravanti comuni di carattere soggettivo*, già contemplate nel catalogo dell'art. 61 c.p. e ritenute – almeno ad oggi – costituzionalmente legittime.

a) Un primo curioso accostamento¹²⁰ riguarda l'aggravante dell'*abuso di ospitalità* (art. 61 n. 11 c.p.: “l'aver commesso il fatto [...] con abuso di ospitalità”). Ha affermato il Sen. Mazzatorta (Lega Nord): “non solo le aggravanti legate a situazioni personali non sono una novità nel nostro ordinamento ma in un certo senso l'aggravante prevista dal decreto legge non fa che trasferire su un piano diverso la logica dell'aggravante prevista dal n. 11 dell'art. 61 del codice penale relativa ai reati commessi con abuso di ospitalità offerta dalle vittime”¹²¹. Il 'clandestino', secondo questa (pretesa) logica, sarebbe un ospite in casa d'altri (la 'casa degli italiani'), che viola “il patto di ospitalità che lo Stato ha fatto

¹¹⁷ L'irragionevole discriminazione *tra stranieri irregolari*, da noi evocata nel testo, è stata rilevata in due delle citate ordinanze di remissione alla Corte costituzionale: Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, cit.; Trib. Livorno ord. 3 novembre 2008, cit.

¹¹⁸ Cfr. *supra*, § 3.

¹¹⁹ L'introducenda norma d'interpretazione 'autentica' – si noti – cancella dall'orizzonte il problema dell'illegittimità comunitaria dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. e, pertanto, della violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. ma, al tempo stesso, pone l'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., evocato nel testo.

¹²⁰ Così PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080.

¹²¹ Così l'intervento del sen. Mazzatorta nella seduta del 3 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato.

con gli stranieri con la legge Bossi-Fini (entri regolarmente se hai un lavoro, una casa e non sei un onere eccessivo per le già esigue finanze statali e comunali)”¹²².

L'accostamento con l'aggravante dell'abuso di ospitalità è però “insensato”¹²³: quell'aggravante dà rilievo a una situazione *affatto diversa*, ossia a ipotesi di particolare vulnerabilità del bene giuridico derivanti da una relazione *interpersonale* – quella di ospitalità – che può facilitare la commissione del reato¹²⁴. D'altra parte, il ‘clandestino’ che entra o permane illegalmente in Italia – senza il ‘consenso’ dello Stato – è ben lungi dall'essere una persona ospitata nel nostro Paese: sarebbe come dire che l'autore del delitto di violazione di domicilio è ospite del proprietario dell'abitazione nella quale si introduce illegalmente; e nessuno penserebbe di ritenere aggravato dall'abuso di ospitalità il furto commesso dall'intruso in quell'abitazione.

b) Più interessante è l'accostamento proposto, anche da parte di membri del Governo, tra l'aggravante della clandestinità e quella c.d. della *latitanza* (art. 61 n. 6 c.p.: “l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato”)¹²⁵. Ha domandato retoricamente il Sottosegretario al Ministero dell'Interno Mantovano: “quale differenza c'è tra il sottrarsi alla carcerazione o all'espulsione?”¹²⁶. A ben vedere – questa è la tesi – il clandestino non si comporterebbe poi così diversamente dal latitante: “in un caso come nell'altro non si rispetta un ordine dell'autorità (la carcerazione in un caso, l'ordine di espulsione nell'altro)”¹²⁷. La ragion d'essere delle due aggravanti sarebbe in buona sostanza la stessa, e risiederebbe – come ha riconosciuto la Cassazione a proposito dell'aggravante della latitanza, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale di quell'aggravante per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 Cost. – “nel *diverso e più intenso grado di ribellione all'ordine costituito insito in colui che non si sottomette al potere coercitivo dello Stato* sottraendosi ai provvedimenti restrittivi della libertà personale, e contemporaneamente commetta nuovi reati”¹²⁸.

Emblematico in tal senso l'intervento del sen. Mazzatorta (Lega Nord): “il clandestino *che entra nel territorio dello Stato*, senza alcun rispetto delle procedure, delle norme d'ingresso e di soggiorno nel nostro Stato, violando il patto di ospitalità che lo Stato ha fatto con gli stranieri con la legge Bossi-Fini (entri regolarmente se hai un lavoro, una casa e non sei un onere eccessivo per le già esigue finanze statali e comunali), il clandestino che *non rispetta le nostre frontiere*, manifesta o no una *ribellione al potere principale di uno Stato democratico*, che è quello di far rispettare le proprie frontiere e quindi la sovranità dello Stato, il primo bene costituzionalmente rilevante? Ecco perché l'aggravante della clandestinità, ricollegandosi ad una *condizione soggettiva di ribellione* alle regole essenziali di uno Stato democratico, di ribellione alla sovranità dello Stato, è legittima dal punto di vista costituzionale”; “chi *non rispetta le nostre frontiere*, chi non

¹²² Così il già citato intervento del sen. Mazzatorta nella seduta del Senato dell'11 giugno 2008.

¹²³ Così PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080.

¹²⁴ Cfr., per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 444.

¹²⁵ In dottrina hanno escluso i dubbi di costituzionalità dell'aggravante oggetto di studio sul rilievo che l'ordinamento già conosce aggravanti comuni che, come quella della ‘latitanza’, sono basate sullo *status* soggettivo del reo, AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, cit., p. 88; E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., p. 16/17.

¹²⁶ L'affermazione è così riportata in una nota del 28 maggio 2008 (*Mantovano: aggravante clandestini non è discriminante*), pubblicata in www.alleanzanazionale.it. Cfr. anche l'intervento del Sottosegretario Mantovano nella seduta del 7 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera, durante il quale viene condiviso un precedente intervento dell'on. Bianconi (PdL), secondo cui “l'assimilazione con la fattispecie della latitanza appare pertinente”.

¹²⁷ Cfr. l'intervista rilasciata dal Sottosegretario Mantovano il 9 giugno 2008 (*Il contrario dell'intolleranza*) al settimanale *Tempi*, che può leggersi in www.tempi.it.

¹²⁸ Cass. 20 gennaio 1994, De Feo, in *Riv. Pen.* 1995, p. 105.

rispetta le nostre regole d'ingresso e di soggiorno, chi, in virtù della sua condizione di clandestinità, mette a rischio la sicurezza pubblica, manifestando un forte grado di ribellione alle nostre regole, in caso di commissione di un reato deve avere un aggravamento di pena"¹²⁹.

A prima vista le aggravanti soggettive della clandestinità e della latitanza potrebbero apparire analoghe¹³⁰: danno entrambe rilievo a condizioni personali proprie del colpevole al momento della commissione del reato. Si tratta, tuttavia, di *condizioni personali affatto diverse*, che non possono essere poste sullo stesso piano senza violare il principio costituzionale di *uguaglianza/ragionevolezza*. Il latitante *ha la consapevolezza di essere ricercato* in conseguenza della (effettiva o meno)¹³¹ commissione di un reato, e *volontariamente si sottrae all'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale*, che sa essere stato emesso nei suoi confronti. Il 'clandestino' cui si riferisce l'art. 61 n. 11 *bis* c.p., invece, non è un soggetto *in fuga* da un provvedimento emesso nei suoi confronti, che lo ritiene responsabile di un reato. Il destinatario dell'aggravante oggetto di studio non è infatti colui che si sottrae a un *provvedimento di espulsione* che, a qualunque titolo, sa essere stato emesso nei suoi confronti: per come è formulato l'art. 61 n. 11-*bis* c.p. 'clandestino' non è lo straniero irregolare *già espulso* che si sottrae all'ordine, che sa essere stato emesso a suo carico, di allontanarsi dal territorio nazionale.

E' invece lo straniero ivi illegittimamente presente, *a prescindere* dall'emissione, nei suoi confronti, di un provvedimento di espulsione. La maggioranza parlamentare non ha infatti approvato l'emendamento al testo dell'introducendo art. 61 n. 11 *bis* c.p., presentato dall'opposizione, che proponeva di configurare come aggravante la commissione del reato, da parte dello straniero irregolare, "*nel periodo in cui si è sottratto volontariamente all'ordine di espulsione o di allontanamento*"¹³²: un emendamento che avrebbe indubbiamente reso la nuova aggravante analoga a quella della 'latitanza'. Una volta respinto quell'emendamento, non ha però più senso (ed è fuorviante) domandare "quale differenza c'è tra il sottrarsi alla carcerazione o all'espulsione?"¹³³: viene meno ogni possibile accostamento tra le due aggravanti in discorso.

E' un accostamento, d'altra parte, che non può essere argomentato nemmeno invocando un'analogia con la *ratio* dell'aggravante per i reati commessi dal latitante, che – come si legge nella Relazione del Guardasigilli Rocco al Progetto definitivo del codice penale¹³⁴ – risiede nella "*maggiore pericolosità*" rivelata dal soggetto che non desiste dal

¹²⁹ Così l'intervento del sen. Mazzatorta nella seduta del Senato dell'11 giugno 2008. In dottrina, nel senso che fondamento dell'aggravante oggetto di studio sarebbe "la maggiore intensità della ribellione all'ordinamento manifestata da colui che delinque dopo essersi illecitamente sottratto alla disciplina sull'immigrazione" E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., p. 15. V. anche AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, cit., p. 88.

¹³⁰ Lo affermano ad es. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Addenda, cit., p. 3 s., i quali però, subito dopo, aggiungono che le due aggravanti in questione sono "assimilabili fino a un certo punto".

¹³¹ Cfr. Cass. Sez. I 20 gennaio 1994, De Feo, in *Riv. Pen.* 1995, p. 105: la Cassazione ha precisato che l'aggravante di cui all'art. 61 n. 6 c.p. è configurabile a prescindere dalla colpevolezza o meno del soggetto perseguito, tanto che non potrebbe essere esclusa neppure nel caso di intervenuta e successiva assoluzione dal delitto cui è conseguito il provvedimento restrittivo.

¹³² Si tratta dell'emendamento n. 1.3. presentato dal sen. D'Alia (UDC) nella seduta del 10 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera. Analogo emendamento (n. 1.22), anch'esso respinto, è stato proposto, nella medesima occasione, da un gruppo di senatori del PD (tra cui i sen. Casson, D'Ambrosio e Finocchiaro) i quali proponevano di sopprimere l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p. e di modificare l'art. 61 n. 6 c.p. (aggravante della 'latitanza') inserendo dopo la parola "esecuzione" le parole "di un provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato, ovvero". Entrambi gli emendamenti sono stati riproposti, e nuovamente respinti, nella seduta dell'Assemblea del Senato del 17 giugno 2008 (cfr., rispettivamente, gli interventi dei sen. D'Alia e D'Ambrosio).

¹³³ E' la domanda posta, come si ricorderà, dal Sottosegretario Mantovano.

¹³⁴ In *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, p. 112.

delinquere neppure quando è sotto il peso di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di una condanna, cioè quando *sa di essere braccato dall'Autorità giudiziaria*¹³⁵. Commettendo un reato mentre si trova in quello stato, il latitante – ha affermato la Cassazione – dimostra “in tal modo la sua pericolosità sociale sotto il [...] profilo della insensibilità al freno della legge penale che non esita a continuare a violare, pur sapendo di essere colpito da un provvedimento di giustizia tendente a privarlo della sua libertà personale”¹³⁶. Così facendo il latitante mostra un grado di “ribellione” all’ordine costituito “diverso e più intenso”¹³⁷ di quello *normalmente* insito nella violazione volontaria di *qualsiasi norma imperativa* – comprese quelle che regolano l’ingresso e la permanenza nello Stato degli stranieri – e, pertanto, ragionevolmente apprezzabile quale sintomatico di una maggiore pericolosità sociale e, conseguentemente, di un maggior bisogno di pena.

c) Nelle riflessioni di parte della dottrina¹³⁸ e nelle ordinanze che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 61 n. 11 *bis* c.p.¹³⁹ – non anche nei lavori parlamentari – è stato infine prospettato, per essere subito privato di fondamento, l’accostamento con l’aggravante della *recidiva*. Orbene, a noi pare che le aggravanti soggettive della ‘clandestinità’ e della *recidiva* non abbiano, almeno dal punto di vista strutturale, alcunché in comune: solo 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 – nell’ipotesi di *recidiva* obbligatoria introdotta dalla legge ex Cirielli nel comma 5 dell’art. 99 c.p., relativa ai gravi reati previsti dall’art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p. – *deve* indurre il giudice a formulare un giudizio di accentuata capacità a delinquere, che giustifica l’aumento di pena per il *recidivo*¹⁴⁰.

Niente a che vedere con l’aggravante oggetto di studio, che accolla al ‘clandestino’ un aumento di pena per il solo fatto di aver commesso un reato *mentre* si trova illegalmente sul territorio nazionale; senza richiedere, si badi, che quel reato sia stato commesso *dopo* l’intervento di un provvedimento amministrativo che abbia sanzionato (con l’espulsione) l’illegitimo ingresso o permanenza sul territorio nazionale o, se sarà introdotto il reato di immigrazione clandestina, dopo la pronuncia di una *sentenza definitiva di condanna per quel reato*¹⁴¹.

¹³⁵ Cfr. ad es. CONTU, *L’aggravante della latitanza*, cit., p. 94; MANZINI, *Trattato*, cit., p. 205.

¹³⁶ Cass. Sez. V 17 gennaio 1967, Bellotti, cit. E’ una *ratio* - notiamo per inciso - che ci sembra debba condurre a limitare la configurabilità dell’aggravante di cui all’art. 61 n. 6 c.p. ai soli reati *dolosi*: gli unici che possono denotare “insensibilità al freno della legge penale”. In questo senso ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., art. 61, p. 667.

¹³⁷ Cfr. Cass. Sez. I 20 gennaio 1994, De Feo, cit.

¹³⁸ Cfr. ad es. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 19.

¹³⁹ Cfr. Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, 3 novembre 2008, cit.

¹⁴⁰ Cfr., per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 455.

¹⁴¹ Si tratterebbe, peraltro, di una mera contravvenzione: l’accostamento dell’aggravante in esame con quella della *recidiva* sarebbe pertanto pur sempre implausibile, atteso che la *recidiva*, riformata dalla legge ex Cirielli, non riguarda più le contravvenzioni (cfr. l’art. 99 c.p.). Per altro verso, va osservato come la possibilità di accomunare l’aggravante oggetto di studio con la *recidiva*, mentre per le ragioni anzidette deve escludersi sul piano strutturale, si profila invece, su quello delle *scelte di politica-criminale*, per quel che riguarda le ipotesi di *recidiva* obbligatoria: in entrambe le aggravanti può infatti scorgersi la riemersione di quelle *presunzioni di pericolosità* che sono state estromesse, da più di vent’anni, anche ad opera della Corte costituzionale, dalla disciplina delle misure di sicurezza (con riferimento alla *recidiva* obbligatoria cfr. DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 543; in relazione all’aggravante della ‘clandestinità’ v. PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1080). E non si tratta certo di un tratto comune che depone a favore della legittimità costituzionale dell’aggravante oggetto di studio.

6. *Conclusione: incostituzionalità dell'art. 61 n. 11 bis per contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.).*

Intervenendo 'a caldo' dalle colonne de *La Repubblica*, Stefano Rodotà, a proposito dell'aggravante oggetto di studio, non ha esitato a parlare di "*uguaglianza calpestata*"¹⁴²: un giudizio senza appello, che le riflessioni svolte nel presente lavoro ci portano a condividere. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11 *bis*, per *contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.*, ci sembra infatti l'esito obbligato cui conducono due premesse maggiori che costituiscono altrettante basilari affermazioni presenti nella giurisprudenza costituzionale:

a) il *principio di uguaglianza*, "pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, *deve ritenersi esteso agli stranieri* allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti allo straniero anche in conformità all'ordinamento internazionale" (artt. 2 e 10, comma 2 Cost.)¹⁴³. In applicazione di questo principio la Corte costituzionale ha affermato: "quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo, qual è [...] la *libertà personale*, il principio costituzionale di uguaglianza in generale *non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero*"¹⁴⁴. E ancora: "lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona [...]; ciò comporta il rispetto da parte del legislatore, del *canone della ragionevolezza*, espressione del principio di uguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive"¹⁴⁵;

b) le *scelte di politica criminale* non sono censurabili in sede di controllo di legittimità delle leggi, "a meno che non si tratti di *opzioni manifestamente irragionevoli*"¹⁴⁶. In particolare, "non spetta [alla Corte costituzionale] esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antigiuridici che si manifestano nell'ambito del fenomeno imponente di flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza. *Al giudice delle leggi appartiene il compito di verificare che il legislatore non abbia introdotto ingiustificate disparità di trattamento all'interno di un quadro normativo storicamente dato*"¹⁴⁷. In particolare, afferma la Corte, "il sindacato di costituzionalità può investire *le pene scelte dal legislatore solo se*

¹⁴² RODOTÀ, *L'uguaglianza calpestata*, ne *La Repubblica* del 22 maggio 2008, p. 1.

¹⁴³ Corte cost. 19 giugno 1969 n. 104, in *www.cortecostituzionale.it*. In precedenza v., *ivi*, Corte cost. 23 novembre 1967 n. 120. In dottrina v. ad es. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 205 s. e, più di recente, anche per l'indicazione di ulteriori pronunce della Corte costituzionale, CELOTTO, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, art. 3/1°, p. 69.

¹⁴⁴ Corte cost. 24 febbraio 1994 n. 62, in *Giur. cost.* 1994, p. 350 s.

¹⁴⁵ Corte cost. 16 maggio 2008 n. 148, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁴⁶ Così, da ultimo, Corte cost. 27 giugno 2008 n. 236, in *www.cortecostituzionale.it*. Sul sindacato di legittimità delle cornici edittali di pena – che viene in rilievo nel caso che ci occupa, atteso che l'art. 61 n. 11 *bis* c.p. incide sulla cornice edittale del reato al quale, di volta in volta, si riferisce l'aggravante – v. ad es., anche per un quadro della giurisprudenza costituzionale, CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista* 1997, p. 134 s.; FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 142 s. V. anche, da ultimo, il lavoro di BRUNELLI citato *infra* alla nota n. 148.

¹⁴⁷ Corte cost. 27 giugno 2008 n. 236, cit. Per l'affermazione che "*il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale*, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, *presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa*" v. la pronuncia della Corte costituzionale citata nella nota seguente.

si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a *fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio*¹⁴⁸.

A fronte di queste due premesse, “l’uguaglianza calpestata” evocata da Rodotà si staglia davanti agli occhi dell’interprete: le fattispecie di reato circostanziate ai sensi dell’art. 61 n. 11 *bis* c.p., perché realizzate da immigrati stranieri illegalmente presenti in Italia, seppure punite con una pena aumentata fino a un terzo sono *sostanzialmente identiche* alle corrispondenti fattispecie non circostanziate, perché comprensive delle classi di fatti realizzati da persone diverse da quelle. Un esempio per tutti: la fattispecie di evasione (art. 385, comma 1 c.p.) è punita con la pena della reclusione da sei mesi a un anno se ad evadere è un cittadino italiano ovvero uno straniero legalmente presente in Italia. La fattispecie di evasione circostanziata ai sensi dell’art. 61 n. 11 *bis* c.p. – perché l’evasione è posta in essere da uno straniero illegalmente presente sul territorio nazionale – è invece punita con la più grave pena della reclusione che, nel minimo, va da sei mesi e un giorno a otto mesi, e, nel massimo, da un anno e un giorno a un anno e quattro mesi. Le due fattispecie di evasione – quella circostanziata ai sensi dell’art. 61 n. 11 *bis* e quella non circostanziata – sono *sostanzialmente identiche*: identica è la condotta e identica è l’offesa al bene giuridico, sulla quale non influisce in alcun modo lo *status* di immigrato ‘clandestino’ proprio del soggetto agente. Diversificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie – punire più severamente il *medesimo tipo di fatto*, se a commetterlo è il ‘clandestino’ – costituisce dunque *un’irragionevole disparità di trattamento*, fondata, in violazione del principio di uguaglianza, sulla condizione personale di straniero irregolare.

Il *vulnus* inferto al principio di uguaglianza/ragionevolezza dall’aggravante della ‘clandestinità’ appare ancor più chiaro, d’altra parte, se si pone mente alle possibili – e *costituzionalmente legittime* – giustificazioni della *maggior pena* conseguente ad una circostanza aggravante, che vanno ravvisate:

a) nella *maggior gravità del fatto-reato* commesso – cioè nel *più intenso grado di offesa al bene giuridico tutelato*, oppure;

b) nella *maggior colpevolezza* (rimproverabilità) dell’agente per il fatto-reato commesso;

c) nella *maggior pericolosità del reo*.

Ebbene, le riflessioni sin qui condotte ci portano ad escludere che la maggior pena comminata dalla legge con l’introduzione dell’art. 61 n. 11 *bis* c.p. si giustifichi per una di queste ragioni. Ribadiamo anzitutto¹⁴⁹ che l’aggravante in esame prescinde da un qualsivoglia nesso tra la condizione di straniero illegalmente presente sul territorio nazionale e il reato commesso, sicché *l’offesa al bene giuridico non è più grave se a commettere il reato di cui di si tratta è uno straniero illegalmente presente in Italia, piuttosto che un cittadino italiano o uno straniero ivi legalmente presente*¹⁵⁰. Si pensi ancora, ad esempio, all’evasione: le *offese agli interessi al mantenimento delle forme di restrizione della libertà personale* legittimamente disposte dall’Autorità, all’*osservanza dei provvedimenti restrittivi* e all’*esecuzione della pena*, non sono maggiori se l’evaso è un extracomunitario clandestino, invece che un italiano o un francese legalmente presente in Italia. Analogamente, l’*offesa all’onore* della persona ingiuriata non è maggiore perché il fatto è commesso da un extracomunitario ‘clandestino’: la badante ucraina priva del permesso di soggiorno, che ingiuria l’anziano sottoposto alle sue cure, non ne lede l’onore

¹⁴⁸ Così, nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 14, co. 5 *ter* t.u. immigrazione, Corte cost. 2 febbraio 2007 n. 22, in *Giur. cost.* 2007, 151 s., con nota di BRUNELLI, *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*

¹⁴⁹ Cfr. *supra*, § 3.

¹⁵⁰ Cfr. ALESSANDRI-GARAVAGLIA, *Non passa lo straniero*, cit.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Addenda, cit., p. 3; PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1079. In giurisprudenza, Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, cit.

in modo diverso e più grave dalla badante ucraina regolare, perché munita di permesso di soggiorno, ovvero dalla badante italiana che realizza lo stesso fatto. E ancora – ma le esemplificazioni potrebbero essere tante quanti sono i reati cui è riferibile l'aggravante in esame – l'*offesa alla libertà sessuale* della donna vittima di una violenza sessuale non è maggiore perché il fatto è commesso da un extracomunitario privo del permesso di soggiorno (ad es., da un albanese), piuttosto che da un italiano, ovvero da uno straniero legalmente presente in Italia (ad es., da un nigeriano munito di permesso di soggiorno, ovvero da un tedesco o da un rumeno legalmente presenti in Italia). Simili considerazioni fanno toccare con mano quanto l'aggravante oggetto di studio sia lontana dall'idea del diritto penale del fatto, pietra angolare del modello di diritto penale liberale imposto, nel nostro ordinamento, dalla Costituzione; e non a caso nella prima ordinanza che ha sottoposto alla Corte costituzionale il vaglio dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. viene denunciata la violazione – oltre che del principio di uguaglianza/ragionevolezza – di quello di *offensività*¹⁵¹: l'aumento fino a un terzo della pena per il reato-base non dipende dalla maggior gravità oggettiva del fatto¹⁵². L'aggravante della clandestinità, d'altra parte, non si giustifica nemmeno in ragione di una *maggiore colpevolezza* dell'autore del fatto-reato perché, come anche abbiamo detto¹⁵³, *prescinde del tutto dai motivi a delinquere* e dalle *finalità* perseguite dall'agente, che possono essere del tutto estranee alla condizione di 'clandestinità' e, più in generale, dall'*intensità del rimprovero personale* per il fatto commesso¹⁵⁴.

Infine, come anche abbiamo cercato di mostrare¹⁵⁵, la maggior pena conseguente all'aggravante oggetto di studio non si giustifica in ragione di una presunta *maggiore pericolosità* del reo: lo *status* di 'clandestino' non può infatti essere ragionevolmente assunto in via presuntiva come espressivo di una maggiore pericolosità e, nella prospettiva della prevenzione speciale, di un corrispondente maggior *bisogno di pena*. Come hanno rilevato tutte le citate ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, l'aggravamento della pena conseguente all'applicazione dell'aggravante in esame finisce a ben vedere per collidere con il *principio del finalismo rieducativo della pena* (art. 27, co. 3 Cost.): "la percezione dello straniero irregolare che vedesse la pena aumentata per la sua condizione non sarebbe di uno strumento che gli offra una maggiore opportunità di reinserimento, di partecipazione alla vita sociale nel rispetto delle regole, ma soltanto di una maggiore punizione. L'ottica è, in altre parole, meramente retributiva e soddisfa, più che il finalismo rieducativo [...] il – purtroppo – diffuso sentimento per cui è socialmente più grave il delitto commesso da chi appartiene a una comunità diversa dalla nostra. Non si tratta di un fondamento criminologico, ma della *mera ricezione del sentire comune*"¹⁵⁶.

Dare ascolto a un simile "sentire comune" paga senz'altro sul piano elettorale, come dimostra la recente storia del nostro Paese: il prezzo è però quello della rinuncia al rispetto

¹⁵¹ Sul principio di offensività e sul suo rango costituzionale, riconosciuto con varie argomentazioni dalla dottrina maggioritaria, si vedano per tutti, nell'ampia letteratura in materia, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 449 s. e, da ultimo, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, *passim*. Per il riconoscimento del principio nella giurisprudenza costituzionale v. ad es. Corte cost 7 luglio 2005 n. 265, in *Giur. cost.* 2005, p. 2432 s; Corte cost. 17 luglio 2002 n. 354, in *Giur. cost.* 2002, p. 2653 s. Per un recente quadro dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia può vedersi C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 91 s.

¹⁵² Cfr. Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, cit. In dottrina v. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 20.

¹⁵³ Cfr. *supra*, § 3.

¹⁵⁴ Nel senso che l'art. 61 n. 11 *bis* c.p. contrasta con il principio costituzionale di colpevolezza cfr., tra le citate ordinanze di rimessione, Trib. Ferrara, ord. 15 luglio 2008, cit.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, § 5.2.

¹⁵⁶ Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, cit. In senso conforme Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, cit.; Trib. Ferrara, ord. 15 luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, ord. 3 novembre 2008, cit. In dottrina v. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., cit., p. 447; MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 21.

dei principi fondamentali – *in primis* quello di uguaglianza – su cui si regge, non da ieri, la nostra civiltà. Alla Corte costituzionale il compito di ristabilire l'uguaglianza calpestata¹⁵⁷.

* Ricercatore di Diritto Penale nell'Università degli Studi di Milano - gianluigi.gatta@unimi.it

Forum di Quaderni Costituzionali

¹⁵⁷ Una postilla: l'auspicata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. avrebbe l'effetto, sul terreno processuale, di privare di efficacia la disposizione di cui al novellato art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. che, come si ricorderà, stabilisce che "per i *delitti* in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p." non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, finalizzata alla presentazione di istanza di ammissione ad una delle misure alternative alla detenzione. Questa disposizione, peraltro, indipendentemente dalle sorti dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. sembra destinata a cadere anch'essa sotto la scure della Corte costituzionale: contrasta, infatti, con gli *artt. 3 e 27, co. 3 Cost.* E' fondata su una *presunzione* assoluta circa l'inidoneità della sospensione dell'esecuzione della pena e delle misure alternative alla detenzione, cui quella sospensione è preordinata, a raggiungere gli obiettivi: *a)* della rieducazione degli stranieri immigrati 'clandestini' e *b)* della prevenzione del pericolo di commissione di ulteriori reati da parte loro. Si tratta di una presunzione del tutto analoga a quella posta a fondamento dell'orientamento giurisprudenziale che, come si è detto, considerava non concedibili le misure alternative agli extracomunitari 'clandestini'. E abbiamo detto che la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 78/2008 – che ci sembra rappresenti una spada di Damocle che pende sul novellato art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 ord. penit., ove interpretati in conformità a quell'orientamento giurisprudenziale.