

## **Il diritto dell'immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati propri dello straniero\***

di Roberto Cherchi \*\*  
(8 novembre 2012)

### *1. Il diritto penale dell'immigrazione e il "pacchetto sicurezza" nella XVI legislatura.*

A partire dagli anni Novanta, la sicurezza è divenuta un argomento centrale nel dibattito politico nazionale, comparando nei programmi elettorali delle coalizioni di Governo. In questo contesto deve essere collocato il "pacchetto sicurezza" della XVI legislatura. Con questa espressione si fa riferimento a una pluralità di atti normativi, adottati tra il 2008 e il 2009, recanti numerose disposizioni, di natura penale, processuale penale, penitenziaria e amministrativa<sup>1</sup>.

Talune di tali norme hanno costituito la risposta di Parlamento e Governo alla crescente offesa cui sono soggetti alcuni beni costituzionalmente rilevanti, quali la persona umana e la sua dignità sociale, il domicilio, la proprietà pubblica e privata, fino ai diritti politici e alle istituzioni repubblicane. Si tratta, quindi, di misure poste a presidio di beni costituzionalmente rilevanti. In altri casi, invece, sull'esempio statunitense, si è assistito all'adozione di norme che paiono avere come funzione non (o quanto meno non solo) la tutela di un bene giuridico, bensì la prevenzione della capacità criminale di soggetti appartenenti a determinate categorie<sup>2</sup>. La crisi della coesione sociale ha prodotto, come conseguenza, la ricerca di un'identità nella dimensione comunitaria (territoriale, nazionale o etnica). Tale identità può essere alimentata anche con la paura, l'odio e l'intolleranza del diverso, attualmente identificato con chi è in condizione di alterare l'ordine comunitario: lo straniero, la persona senza fissa dimora, gli appartenenti alle minoranze rom e sinte, i giovani irrispettosi del decoro urbano, l'automobilista in stato di alterazione o semplicemente negligente o imprudente, il piccolo delinquente di strada, il disegnatore (o imbrattatore) nelle pubbliche vie, il delinquente sessuale, il mafioso<sup>3</sup>.

La legge 94/2009 è stata l'architrave di tale "manovra" legislativa. Quattro sono i grandi ambiti in cui si possono collocare le norme della legge: l'immigrazione irregolare, la sicurezza urbana, la tutela delle vittime deboli e la lotta alla criminalità organizzata. Uno dei pericoli per la sicurezza, nella sistematica della legge, sembra quindi essere riconducibile allo straniero e all'immigrazione. In questo scritto affronteremo i profili di legittimità costituzionale di tre istituti di diritto penale dell'immigrazione: l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale, la cui disciplina è stata introdotta dalla legge 189/2002 (legge Bossi Fini) e poi modificata dalla l. 94/2009; la cosiddetta "aggravante di clandestinità", introdotta dal decreto legge 92/2008, convertito nella legge 125/2008; i reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, introdotti dalla legge 94/2009. La legittimità della circostanza aggravante "di clandestinità" e del reato "di clandestinità" è stata da più parti censurata anche in base all'argomento secondo cui si

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Nel "pacchetto sicurezza" devono essere ricompresi: il decreto-legge 92/2008, convertito nella legge 125/2008; la legge 94/2009; il d.lgs. 159 del 2008 modificativo del d.lgs. 25 del 2008, a sua volta attuativo della direttiva 2003/86/CE in tema di revoca dello status di rifugiato; il d.lgs. 160 del 2008 modificativo del d.lgs. 5 del 2007, in tema di ricongiungimento familiare; d.lgs. 32 del 2008, modificativo del decreto legislativo n. 30 del 2007, in tema di libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini comunitari sul territorio nazionale.

<sup>2</sup> Cfr. R. Cornelli, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza, F. Viganò, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 16.

<sup>3</sup> Su questa tendenza v. L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4/2009, p. 17.

sarebbe trattato di norme espressione di un diritto penale d'autore. La questione della legittimità e applicabilità di tali norme è giunta all'esame della Corte costituzionale e della Corte europea di giustizia, che hanno dato alcune risposte alle questioni poste dai giudici *a quo*, nel senso dell'illegittimità costituzionale o della non applicabilità delle norme medesime.

## 2. La responsabilità penale dello straniero irregolarmente soggiornante per l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale.

La violazione delle norme amministrative su ingresso, soggiorno e allontanamento da parte dello straniero non costituisce solo il presupposto dei provvedimenti amministrativi di allontanamento, ma comporta anche il perfezionamento di alcuni reati, "sussidiari" rispetto all'attività amministrativa *de qua*<sup>4</sup>.

Un primo reato che viene in evidenza è l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale. La fattispecie è stata introdotta dalla legge 189/2002 (legge Bossi-Fini) ed è stata successivamente modificata dalla l. 94/2009. *Ab origine* erano previste due ipotesi: a) era punito con l'arresto da sei mesi a un anno lo straniero extracomunitario che senza giustificato motivo non avesse ottemperato entro cinque giorni all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale: tale provvedimento questorile era ed è tuttora adottato quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione e di espulsione (Cie) o nel caso in cui al trattenimento non abbia fatto seguito il rimpatrio coattivo; b) in caso di recidiva, la sanzione applicata era la reclusione da uno a quattro anni (art. 14, comma 5-*quater* TUI, nel testo introdotto dalla legge 189/2002). Era altresì previsto l'arresto obbligatorio dello straniero che avesse commesso uno dei reati di cui alle ipotesi a) e b) (art. 14, comma 5-*quinquies*, TUI, nel testo previgente).

Tale disciplina è mutata, in primo luogo, per effetto di una sentenza della Corte costituzionale. La Consulta, con la sentenza 223/2004, ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 14, comma 5-*quinquies*, TUI, con cui si prevedeva l'arresto obbligatorio dello straniero che senza giustificato motivo avesse commesso il reato di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale. L'illegittimità costituzionale è stata motivata con l'intrinseca irragionevolezza della norma oggetto del giudizio, dato che essa prevedeva l'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale, sanzionato con una pena edittale massima – l'arresto sino a un anno – inferiore a quelle per le quali il codice di procedura penale ammette la possibilità di disporre misure coercitive<sup>5</sup>. In altri termini, la norma in esame prevedeva l'arresto obbligatorio – ossia una misura precautelare – in collegamento con un reato per il quale nessuna misura cautelare sarebbe potuta essere disposta nel corso del giudizio. L'arresto obbligatorio era quindi, secondo la Consulta, "una misura fine a se stessa".

Al fine di reintrodurre l'arresto obbligatorio, superando la censura di irragionevolezza, il Governo ha adottato il decreto-legge 241/2004 (convertito nella legge 12 novembre 2004, n. 271), che ha modificato gli articoli 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, TUI, in base a cui l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale non era più qualificata come contravvenzione ma come delitto, punito con una pena detentiva adeguata all'istituto dell'arresto obbligatorio.

<sup>4</sup> Sulla sussidiarietà dei reati di cui si discorre rispetto al fine del rimpatrio, *ex plurimis*, v. A. Pugiotto, "Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, 2010, p. 341 ss.

<sup>5</sup> La misura coercitiva può essere disposta solo in presenza di una pena edittale massima dell'ergastolo o della reclusione superiore a tre anni, oppure, nel caso in cui sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere, in presenza della pena massima della reclusione non inferiore a quattro anni.

La qualificazione dell'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale come delitto e l'aumento della pena detentiva ha apparentemente fatto salvo il principio di coerenza dell'ordinamento – la cui violazione era stata il fondamento della decisione della Consulta 223/2004 – al costo, però, di un inasprimento sanzionatorio di dubbia legittimità, perché irragionevole e sproporzionato rispetto agli interessi coinvolti e all'offesa a essi arrecata<sup>6</sup>. Numerosi giudici hanno posto alla Corte Costituzionale questioni di legittimità sulla nuova disciplina, che sono state ritenute infondate. Con riferimento ai nuovi minimi e massimi edittali la Consulta – pur lamentando irrazionalità e incongruenze nell'apparato sanzionatorio correlato alle norme su ingresso e soggiorno degli stranieri – ha ritenuto insussistenti i presupposti per l'adozione di una sentenza manipolativa e si è limitata a rivolgere un monito al legislatore affinché intervenga per rimuovere gli squilibri esistenti (Corte Cost., sent. 22/2007). Parimenti la Corte, chiamata a giudicare della legittimità della previsione dell'arresto obbligatorio (piuttosto che facoltativo) dell'immigrato che abbia violato l'ordine impartito dal questore di lasciare il territorio nazionale (art. 13, comma 5-ter e 5-quinquies), ha ritenuto la questione infondata, sottolineando che anche l'articolo 380, comma 1, c.p.p., prevede l'arresto in flagranza per delitti le cui pene edittali sono sostanzialmente omogenee rispetto al caso in esame; che rientra nella sfera della discrezionalità del legislatore individuare quei fatti criminosi per i quali esistono speciali esigenze di tutela della collettività; che l'istituto dell'arresto obbligatorio in flagranza non è più intrinsecamente irragionevole, come prima delle modifiche di cui al decreto-legge 241/2004, quando invece l'arresto era fine a se stesso e «non avrebbe mai potuto avere uno sbocco processuale, attesa la natura contravvenzionale del reato previsto dalla legge allora vigente, e la connessa inapplicabilità di misure cautelari da parte del giudice» (Corte Cost., sent. 236/2008).

La legge 94/2009 ha rivisitato e inasprito le sanzioni penali vigenti, e le nuove norme sono rimaste in vigore fino all'adozione del decreto legge 89/2011, che ha recepito la direttiva europea rimpatri. Secondo il testo unico, così come rivisitato dalla novella del 2009, lo straniero era punito con la reclusione da sei mesi a un anno qualora non avesse ottemperato, senza giustificato motivo, all'intimazione del questore a lasciare l'Italia adottata nel caso in cui: a) il permesso di soggiorno fosse scaduto da più di sessanta giorni e non ne fosse stato chiesto il rinnovo; b) il rinnovo fosse stato negato; c) in occasione di un soggiorno breve, lo straniero avesse comunicato la propria presenza ma si fosse trattenuto per più dei tre mesi consentiti dalla legge 68/2007 (art. 14, comma 5-ter, TUI, prima dell'entrata in vigore del d. l. 89/2011). Per questo reato era previsto il rito direttissimo ma non l'arresto obbligatorio (art. 14, comma 5-quinquies, TUI, prima dell'entrata in vigore del d. l. 89/2011).

Il delitto era punito con la più severa pena della reclusione da uno a quattro anni qualora lo straniero non avesse ottemperato, senza giustificato motivo, all'ordine di allontanamento adottato dal questore in base a questi presupposti: a) l'ingresso illegale nel territorio nazionale; b) la mancata richiesta del permesso di soggiorno entro il termine previsto (in assenza di cause di forza maggiore); c) l'annullamento o la revoca del permesso di soggiorno; d) il respingimento; e) la mancata dichiarazione della propria presenza sul territorio nazionale all'autorità di pubblica sicurezza (che costituisce un obbligo la cui violazione comporta l'espulsione dello straniero: art. 1, comma 2 e art. 3 l. 68/2007). Si procedeva con rito direttissimo e in questo caso era obbligatorio l'arresto del soggetto attivo del reato (art. 14, comma 5-quinquies, nella formulazione antecedente l'entrata in vigore del d.l. 89/2011). La l. 94/2009 ha anche innovato il regime della recidiva. Prima dell'entrata in vigore della legge era stato chiarito, dopo un lungo contrasto giurisprudenziale, che erano da ritenersi illegittime le intimazioni questorili successive alla

<sup>6</sup> Sul punto, in senso critico rispetto alle modifiche legislative, v. A. Pugiotto, *Purché se ne vadano*, cit., p. 347.

prima, qualora lo straniero fosse rimasto sul territorio nazionale, e che quindi dovesse ritenersi penalmente irrilevante la loro reiterata violazione. La recidiva sarebbe quindi stata configurabile solo se lo straniero, dopo aver violato un primo ordine questorile di lasciare il territorio nazionale ed essere stato poi rimpatriato, avesse fatto nuovamente ingresso illegale in Italia e, in occasione di questo secondo soggiorno, fosse stato raggiunto da un nuovo provvedimento di espulsione e da un nuovo ordine questorile di lasciare il territorio nazionale.

Al fine di superare questo orientamento giurisprudenziale garantista, la l. 94/2009 aveva invece espressamente previsto che, dopo l'inottemperanza a un primo ordine di allontanamento, salvo che lo straniero si trovasse in stato di detenzione in carcere, si sarebbe comunque dovuto adottare un nuovo provvedimento di espulsione, eseguito, nel caso in cui fosse impossibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, con una nuova intimazione del questore a lasciare il territorio nazionale (art. 14, comma 5-ter, TUI). Lo straniero che non avesse ottemperato al nuovo ordine di allontanamento sarebbe quindi stato punito con la reclusione da uno a cinque anni (art. 14, comma 5-quater, TUI).

Questo severo regime sanzionatorio è venuto meno in seguito alle pronunce della Corte costituzionale e della Corte europea di giustizia. La Corte costituzionale è intervenuta sulla disciplina relativa alla recidiva. Ravvisando la violazione del principio di coerenza dell'ordinamento, la Consulta con una sentenza additiva ha dichiarato la norma di cui all'art. 14, comma 5-quater, TUI, illegittima nella parte in cui prevedeva il giustificato motivo come elemento negativo del reato solo per l'inottemperanza al primo ordine questorile emesso, come espressamente previsto dal testo unico, e non anche a quelli successivi, in caso di recidiva (Corte cost., sent. 359/2010)<sup>7</sup>. In seguito, le norme che qualificavano l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale come delitto punito con la reclusione sono divenute inapplicabili per effetto di una sentenza della Corte europea di giustizia.

La Corte europea di giustizia, con la sentenza *El Dridi* (Corte di giustizia U.E. 28.4.2011, causa C.61/11 PPU), ha attribuito efficacia diretta ad alcune norme della direttiva, in particolare alla norma secondo la quale il trattenimento deve avere una durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio (art. 15, comma 1 della direttiva), la norma che limita la durata del trattenimento a un periodo non superiore a diciotto mesi (art. 15, commi 5 e 6 della direttiva) e la norma secondo la quale il trattenimento avviene di norma nei centri di permanenza temporanea, e se viene posto in essere in istituti penitenziari, deve avvenire in regime di separazione dai detenuti ordinari (art. 16, comma 1 della direttiva)<sup>8</sup>. La Corte di giustizia ha poi ritenuto in contrasto con tali norme della direttiva, e quindi non applicabili, le norme di diritto interno che prevedevano la responsabilità penale dello straniero per l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale,

<sup>7</sup> Sul punto, ci si consenta di rinviare a R. Cherchi, *Il "giustificato motivo" come elemento negativo del reato di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 5069 ss.

<sup>8</sup> Per la Corte di Lussemburgo le norme penali non possono in alcun modo compromettere la realizzazione dell'obiettivo del rimpatrio e sono, quindi, da ritenersi ammissibili solo nei casi in cui le misure coercitive non abbiano consentito l'allontanamento dello straniero il cui soggiorno sia irregolare (punto 60 della sentenza; nello stesso senso v. anche Corte di giustizia, *Achughbabian*, 6.12.2011, causa 329/11). Per un'analisi delle sentenze *El Dridi* e *Achughbabian*, ex plurimis, v. A. Natale, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2/2011, p. 18 ss.; P. De Pasquale, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4/2011, p. 927 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 169; D. Acosta, A. Geddes, *The development, application and implications of an EU rule of law in the area of migration policy*, paper presentato alla Jean Monnet Conference su 'European Internal Security', European University Institute, 23-25 April 2012, p. 5 ss.; C. Renoldi, *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all'espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della "direttiva rimpatri" e l'entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2012, pp. 61-62.

anche nei giudizi su fatti verificatisi prima della scadenza del termine di recepimento, in virtù del principio generale dell'applicazione retroattiva della pena più mite (v. anche Corte di Cassazione, sentenza depositata il 23 marzo 2012 n. 11520).

In seguito alla sentenza *El Dridj*, il Governo ha deciso di dare attuazione alla direttiva rimpatri mediante il decreto legge 89/2011, convertito nella legge 129/2011. Tra le nuove norme entrate in vigore vi sono anche quelle che hanno introdotto sanzioni penali pecuniarie per l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale. E' peraltro dubbio, tuttavia, che tali sanzioni possano indurre lo straniero irregolarmente soggiornante a ottemperare agli ordini questorili, laddove a tal fine si sono rivelate inadeguate le sanzioni detentive, mentre è certo che la previsione di questa contravvenzione comporta un aggravio del carico di lavoro per gli uffici giudiziari<sup>9</sup>.

In base alla nuova formulazione dell'art. 14, comma 5-*ter* TUI, la violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale è attualmente punita, salvo che sussista "giustificato motivo", con la multa da 10mila a 20mila euro (il reato si perfeziona nel caso di ordine adottato in seguito a respingimento, nel caso di accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica di cui all'art. 13, comma 4 TUI e nel caso di sottrazione ai programmi di rimpatrio assistito di cui all'art. 14-*bis* TUI). Nel caso in cui lo straniero non abbia rispettato il termine per la partenza volontaria, salvo che non vi sia "giustificato motivo", si applica la multa da 6mila a 15mila euro (art. 13, comma 5 TUI). La ricognizione in concreto di un "giustificato motivo" può essere condizionata dal comportamento tanto dello straniero quanto dell'amministrazione. Come si è già posto in evidenza, il decreto legge 89/2011 ha introdotto nell'art. 14 del testo unico il comma 5-*quater.1*, secondo il quale, nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero, il giudice accerta anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione necessaria per il rimpatrio, compreso il titolo di viaggio, che può essere dallo stesso richiesto. E' quindi possibile che la mancata richiesta del titolo sia considerata come indice di scarsa cooperazione da parte dello straniero, tale da escludere l'esistenza del "giustificato motivo"<sup>10</sup>. Al tempo stesso, tuttavia, si può ipotizzare che la mancata concessione del titolo di viaggio a chi ne abbia fatto richiesta sia un elemento da valutare nel giudizio sulla sussistenza del "giustificato motivo"<sup>11</sup>. In caso di condanna per uno dei reati di cui all'art. 14, comma 5-*ter* e comma 5-*quater*, il giudice ha la facoltà di sostituire la pena della multa con l'espulsione per un periodo non inferiore a 5 anni (art. 16, comma 1, TUI): si tratta di una norma che, con analogo tenore, è già vigente con riferimento al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato di cui all'art. 10-*bis* TUI.

### 3. *L'aggravante dello status di soggetto illegalmente presente sul territorio dello Stato e la sentenza della Corte costituzionale 249/2010.*

Il decreto legge 92/2008 ha introdotto nell'ordinamento la circostanza aggravante della commissione del reato da parte di persona che si trovi illegalmente sul territorio nazionale (art. 61, comma 1, n. 11-*bis*, c.p., introdotto dall'articolo 1, lett. f, del decreto-legge 92/2008, convertito nella legge 125/2008). Tale norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 249/2010.

L'irregolarità di soggiorno, da cui dipendeva l'applicazione della circostanza aggravante, poteva essere originaria o sopravvenuta (per effetto del venir meno del titolo di soggiorno), purché fosse esistente al momento della commissione del reato. L'accertamento di questa condizione soggettiva comportava l'aumento fino a un terzo

<sup>9</sup> Sul punto v. A. Natale, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridj*, cit., p. 34.

<sup>10</sup> Cfr. G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni risultante dalla legge 129/2011*, in *www.asgi.it*, p. 26.

<sup>11</sup> Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Prime note sul decreto legge 23 giugno 2011, n. 89*, in *Gli Stranieri*, 2/2011, p. 35.

della pena prevista per il reato base e l'inapplicabilità della sospensione all'esecuzione della pena (art. 656, comma 9, lettera a, c.p.p.). L'ambito soggettivo di applicazione di tale norma era limitato agli stranieri extracomunitari irregolarmente soggiornanti. Infatti, al fine di prevenire una procedura di infrazione comunitaria, l'articolo 1, comma 1, l. 94/2009, con una norma di interpretazione autentica aveva escluso l'applicazione della circostanza ai cittadini di paesi dell'Unione europea irregolarmente soggiornanti.

La disciplina *de qua* è stata ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 25 Cost., mentre sono state ritenute assorbite le censure proposte con riguardo all'art. 27, commi 1 e 3.

Con riferimento al principio di uguaglianza, la Consulta ha ritenuto che la norma oggetto del giudizio fosse discriminatoria. Dopo aver ribadito l'inammissibilità di limitazioni di diritti fondamentali che non fossero funzionali alla tutela di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante e l'esigenza di uno scrutinio stretto in ogni caso in cui si lamenti la violazione dell'art. 3, comma 1 Cost., per una delle sette ipotesi espressamente menzionate (nel caso di specie, le "condizioni personali e sociali"), la Corte costituzionale ha affermato che non esiste alcuna ragione giustificativa per la previsione di tale circostanza aggravante<sup>12</sup>.

Secondo la Consulta, eventuali comportamenti pregressi "non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero 'segno distintivo' delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini". Nel caso di specie, la norma in esame non è stata considerata funzionale a sanzionare il maggior danno o pericolo derivante dalla commissione del reato, né è stata considerata indirettamente finalizzata a contrastare l'immigrazione illegale.

Secondo la Corte costituzionale la natura manifestamente discriminatoria della circostanza era resa evidente dalla limitazione del suo ambito soggettivo di applicazione ai soli stranieri extracomunitari (art. 1, comma 1, l. 94/2009), e non anche ai cittadini di paesi UE che si sottraggano al rispetto delle norme su ingresso e soggiorno. Anche il cittadino di un paese UE può essere irregolarmente soggiornante. La cittadinanza europea, infatti, non conferisce al suo titolare un catalogo di diritti analoghi a quelli tradizionalmente discendenti dalla cittadinanza in uno Stato federale. La cittadinanza europea si aggiunge alle cittadinanze nazionali e non si sostituisce alle stesse: da essa discende solo un corpus privilegiato di regole su ingresso, soggiorno e stabilimento per i cittadini dei paesi UE, ma non il venir meno delle regole su ingresso e soggiorno nel territorio nazionale. Non a caso, l'inottemperanza a un provvedimento di allontanamento da parte del cittadino europeo è un reato punito con la pena dell'arresto da uno a sei mesi e l'ammenda da 200 a 2000 euro. A conferma della natura discriminatoria della norma oggetto del giudizio, ha sottolineato la Corte, la circostanza non trovava applicazione neppure nel caso in cui il cittadino di un paese appartenente all'Unione Europea fosse stato inottemperante a un provvedimento di allontanamento, ossia "quando l'irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di valutazione da parte della competente autorità di sicurezza".

L'entrata in vigore del reato di ingresso o permanenza illegale nel territorio dello Stato, per effetto della l. 94/2009, ha anche comportato la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, considerato che dalla violazione delle norme amministrative su

---

<sup>12</sup> Sul "vaglio positivo" di ragionevolezza come importante elemento di novità rispetto alla tradizionale giurisprudenza della Corte costituzionale in materia penale, che di regola si limita alla valutazione della non manifesta irragionevolezza, v. F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017 ss.

ingresso e soggiorno derivava sia la possibile contestazione del reato di ingresso e soggiorno illegale, che l'eventuale applicazione della circostanza aggravante in caso di commissione di reati.

E' ben vero, ha rilevato la Consulta, che esistono altre condizioni soggettive da cui discende, secondo la disciplina vigente, un aumento di pena, in particolare quelle di latitante e di recidivo. Si tratta, però, di *tertia comparationis* disomogenei rispetto alla condizione di straniero (extracomunitario) irregolarmente soggiornante. Nel caso del latitante e del recidivo, la pericolosità sociale è desumibile dal fatto che il soggetto responsabile è già stato condannato per altri reati<sup>13</sup>. In particolare, secondo il giudice delle leggi il latitante si sottrae volontariamente all'esecuzione di un provvedimento restrittivo che lo riguarda, "tanto che non risponderebbe dell'aggravante se avesse pur colpevolmente ignorato l'esistenza del provvedimento in suo danno". Di contro, con riferimento alla posizione dello straniero (extracomunitario) irregolarmente soggiornante, l'applicazione dell'aggravante presupponeva la mera violazione delle norme amministrative su ingresso e soggiorno, a prescindere dall'eventuale ignoranza (anche colpevole) di tali norme. Inoltre, la qualità di latitante si acquista quando ci si sottrae all'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, mentre l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato sono puniti con la sola pena pecuniaria. Infine, non essendo la latitanza un reato secondo il diritto penale vigente, non è ipotizzabile la violazione del *ne bis in idem* sostanziale che è stata riscontrata in correlazione alla contestuale vigenza della aggravante "di clandestinità" e del reato "di clandestinità". Parimenti incongruo, come *tertium comparationis*, è secondo la Corte l'istituto della recidiva. La Consulta ha evidenziato che quest'ultima è una circostanza la cui applicazione presuppone una sentenza definitiva di condanna pregressa per un delitto non colposo, che è applicabile esclusivamente in seguito alla commissione di delitti non colposi e che è subordinata all'accertamento in concreto da parte del giudice di una "relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico ... sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale". Di contro, l'aggravante di clandestinità presupponeva solo la violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno, fatto che costituiva e costituisce tuttora una contravvenzione punita con la pena dell'ammenda e che può essere commessa anche per colpa; a differenza della recidiva, l'aggravante "di clandestinità" era applicata dal giudice a prescindere da qualunque apprezzamento in ordine a un eventuale collegamento tra la condizione soggettiva dello straniero e la natura del reato commesso; infine, se la recidiva presuppone una pregressa sentenza di condanna definitiva, l'applicazione dell'aggravante avveniva previo accertamento incidentale della condizione di irregolarità del soggiorno da parte del giudice, senza attendere l'espletamento di eventuali giudizi promossi dall'interessato.

Già in precedenza la Corte costituzionale aveva considerato la qualità di straniero irregolarmente soggiornante come "condizione soggettiva che, di per sé, non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale", e in base a questa premessa aveva dichiarato illegittimo un regime penitenziario speciale per tale categoria di soggetti (Corte cost., sent. 78/2007). Con l'introduzione della circostanza aggravante "di clandestinità", secondo la Corte, "la qualità di immigrato 'irregolare' ... diventa uno 'stigma', che funge da premessa a un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla

---

<sup>13</sup> C. Renoldi, G. Savio, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, *Dir. Imm. Citt.*, 3-4 2008, p. 28.

legge, in base a una presunzione assoluta, che identifica un 'tipo di autore' assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento"<sup>14</sup>.

In ultima analisi, quindi, la decisione ha confermato le perplessità nutrite dalla dottrina in ordine alla legittimità costituzionale di tale circostanza aggravante. Essa è stata considerata riconducibile al "diritto penale d'autore", formula che esprime la vocazione della norma penale a dare rilievo alla condizione soggettiva piuttosto che al fatto commesso, e al "diritto penale del nemico", ossia a un diritto penale che muove dalla distinzione tra il "cittadino" e i soggetti facenti parte di gruppi di indesiderabili che si pongono, anche non volontariamente, ai margini della società"<sup>15</sup>.

#### 4. Il reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato».

La legge 94/2009 ha introdotto nel testo unico per l'immigrazione l'art. 10-*bis*, che prevede il reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato». Secondo l'art. 10-*bis* TUI, sono previsti come contravvenzione, punita con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, il fare ingresso o il trattenersi nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico e di quelle di cui all'art. 1 l. 68/2007 (recante la disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio). Si tratta quindi di un reato proprio, potendo essere commesso dal solo straniero, che si articola in due condotte tipiche: una attiva, a consumazione istantanea (il valicare la frontiera in violazione dell'art. 4 TUI), e una seconda omissiva, qualificabile come permanente (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur senza essere in possesso di un titolo di soggiorno).

Con specifico riferimento al trattenimento sul territorio nazionale dello straniero divenuto irregolarmente soggiornante dopo un ingresso regolare, l'art. 9 TUI non individua un termine decorso il quale la mancata partenza comporta il perfezionamento del reato. Tuttavia, poiché il testo unico dispone l'espulsione dello straniero il cui permesso sia scaduto da più di sessanta giorni (art. 13, comma 2, lett. b, TUI), è da ritenersi che il reato non si perfezioni nei sessanta giorni successivi alla scadenza del permesso di soggiorno"<sup>16</sup>.

Il reato non si perfeziona se non vi è stato ingresso in Italia in seguito al respingimento ai valichi di frontiera (art. 10, comma 1, TUI), e neppure nel caso in cui lo straniero sia stato identificato durante i controlli della polizia di frontiera in uscita dal territorio nazionale (art. 10-*bis*, comma 2, TUI, così come modificato dalla lettera *b* del comma 1 dell'art. 3, decreto legge 89/2011), mentre si verifica nel caso di respingimento "differito" (art. 10, comma 2, TUI).

Il reato in esame è ancillare rispetto all'attività amministrativa di allontanamento. Tale accessorietà è desumibile da cinque elementi. In primo luogo, lo straniero sottoposto a un procedimento penale per il reato di ingresso e soggiorno illegale può essere espulso

<sup>14</sup> Con la stessa decisione, infine, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale consequenziale di due norme: la norma in base a cui la circostanza aggravante era da intendersi riferita unicamente agli apolidi e agli extracomunitari (art. 1, comma 1, l. n. 94 del 2009, che ha introdotto una norma interpretativa dell'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen.), e la norma secondo la quale, se nella sentenza di condanna era stata applicata la circostanza aggravante, la procura della Repubblica era tenuta, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, a emettere l'ordine di carcerazione, senza possibilità della sospensione dell'esecuzione in attesa dell'applicazione di una misura alternativa (art. 656, comma 9, lett. a, c.p.p., così come modificato dall'art. 2, comma 4, lett. m, l. 125/2008). In seguito all'annullamento da parte della Corte costituzionale, la Corte di Cassazione ha precisato che non deve essere eseguita la porzione di pena che sia stata comminata in applicazione della circostanza aggravante *de qua* (Corte di Cassazione, Sezione I penale, sentenza depositata il 22 maggio 2012, n. 19361).

<sup>15</sup> A. Ceretti, R. Cornelli, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, cit. pp. 17-18.

<sup>16</sup> Cfr. L. Maserà, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 42. La tesi è confermata dal fatto che, in seguito a una modifica apportata al testo unico nel 2012, si è espressamente previsto che la domanda di rinnovo è da considerarsi tempestiva se è stata presentata nei sessanta giorni successivi alla scadenza (art. 5, comma 9-*bis*, lett. a, TUI, introdotto dall'art. 40 d.l. 201/2011).

in via amministrativa senza che debba essere richiesto il nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria, che è invece necessario per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale per ogni altra ipotesi di reato (art. 10-*bis*, comma 4, TUI). In secondo luogo, a tale reato non si applica l'articolo 162 c.p., che consente l'oblazione nelle contravvenzioni mediante il pagamento di una somma di denaro, con effetto estintivo del reato (art. 10-*bis*, comma 1, secondo periodo, TUI). In terzo luogo, la pena può essere sostituita dal giudice con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni (art. 16, comma 1, TUI). Inoltre il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento "differito", pronuncia sentenza di non luogo a procedere (art. 10-*bis*, comma 5, TUI): quest'ultima norma persegue una finalità deflazionistica, che rischia di essere vanificata dalla sostanziale ineffettività, quanto meno immediata, della maggioranza dei decreti di espulsione prefettizia<sup>17</sup>. Infine, se in seguito all'espulsione lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato violando il divieto di reingresso (art. 13, comma 14, TUI), l'azione penale può essere riproposta ai sensi dell'articolo 345 c.p.p.

L'autorità giudiziaria competente è il giudice di pace, che giudica secondo un nuovo rito direttissimo "atipico", caratterizzato da una particolare speditezza (art. 4, comma 2, lett. s-*bis*, d.lgs. n. 274 del 2000). Non è ammessa la sospensione condizionale della pena (art. 60 d.lgs. 274/2000). Il procedimento penale è sospeso nel caso in cui lo straniero abbia presentato una domanda di protezione internazionale di cui al d. lgs. 251/2007. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, oltre che nel caso di espulsione amministrativa o di respingimento ex art. 10, comma 2 TUI, anche nel caso di accoglimento della domanda di protezione internazionale, o di rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5 comma 6 TUI (permesso di soggiorno per motivi umanitari: art. 10-*bis*, comma 5 e 6 TUI).

#### *5. Il reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato»: la sentenza della Corte costituzionale 250/2010.*

La Corte costituzionale ha deciso in ordine alla legittimità costituzionale del reato "di clandestinità" con la sentenza 250/2010, e ha ritenuto infondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale proposte. In tale decisione la Consulta ha diviso le doglianze dei giudici *a quo* in due gruppi: quelle che, se ritenute fondate, avrebbero comportato l'ablazione totale della disciplina, e quelle dal cui accoglimento sarebbe discesa una declaratoria di illegittimità costituzionale solo parziale.

Con riferimento al primo gruppo di questioni di legittimità costituzionale, la Consulta ha ritenuto infondata la censura secondo cui, in riferimento all'art. 25 Cost., la norma penale oggetto del giudizio avrebbe violato i principi di materialità e offensività. Il giudice delle leggi ha in primo luogo evidenziato che, secondo una giurisprudenza costante, spetta al legislatore individuare le condotte che costituiscono reato e le relative pene: con riferimento a tali norme, la Corte dichiara fondate le questioni di legittimità solo se rileva il vizio di manifesta arbitrarietà o irragionevolezza. Fatta questa premessa, nel segno del *self restraint* a garanzia della discrezionalità del legislatore, la Corte ha ritenuto infondata l'affermazione secondo cui tale norma penale sarebbe espressione di un "diritto penale d'autore" o del "nemico". Secondo la Consulta il reato non punirebbe infatti una qualità del soggetto agente, come sostenuto da più commentatori, ma una sua condotta, consistente nel fare ingresso o nel trattenersi nel territorio dello Stato in violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno: la condizione di irregolarità non sarebbe infatti "un dato preesistente ed estraneo al fatto", quanto, piuttosto, "la conseguenza della stessa condotta

<sup>17</sup> Cfr. C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, p. 52.

resa penalmente illecita". La Corte ha altresì ritenuto infondato l'argomento secondo cui il reato integrerebbe un illecito "di mera disobbedienza", in quanto la norma penale è posta a garanzia dell'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, che è il bene "di categoria" cui sono riconducibili numerose norme penali del testo unico per l'immigrazione (v. anche sentt. 62/1994, 353/1997, 148/2008, 206/2006). La garanzia di tale bene giuridico è funzionale alla protezione di altri beni pubblici "finali", che da un'immigrazione non regolata potrebbero subire un pregiudizio. Tale rapporto di strumentalità, ha sottolineato la Corte, non è nuovo nel diritto penale, in cui esistono settori complementari ad altri rami dell'ordinamento, come il diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza sul lavoro.

Sarebbe inoltre da ritenersi infondata la tesi secondo cui la norma penale avrebbe istituito una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto agente, poiché "la norma impugnata non sancisce alcuna presunzione di tal fatta, ma si limita – similmente alla generalità delle norme incriminatrici – a reprimere la commissione di un fatto oggettivamente (e comunque) antiggiuridico, offensivo di un interesse reputato meritevole di tutela". Infine, ha sottolineato la Corte, l'analisi comparatistica rivela l'esistenza di analoghe norme incriminatrici in altri ordinamenti europei (in particolare, Francia, Germania e Regno Unito). Dal carattere indiretto della protezione dei beni giuridici "finali" discenderebbe, secondo la Consulta, l'esiguità della sanzione prevista.

Una volta rifiutata la qualificazione dell'irregolarità del soggiorno come mera condizione soggettiva, considerato il tradizionale *self restraint* cui la Corte costituzionale si attiene nei giudizi su norme che prevedono i reati e le pene, si sono poste le condizioni per una decisione di infondatezza.

La Corte ha altresì escluso l'intrinseca irragionevolezza della disciplina, lamentata in riferimento all'art. 3 Cost., per l'equiparazione di due ipotesi indice di una diversa pericolosità sociale: la "clandestinità", derivante dall'ingresso senza titolo di uno straniero che "vive dei proventi del delitto", e la "irregolarità" che consegue alla perdita del titolo di soggiorno nel corso della permanenza da parte di uno straniero che è tuttavia "ben integrato nella comunità sociale e che svolge un'attività lavorativa". La Consulta, ribadendo le argomentazioni prospettate in relazione al principio di offensività, ha ribadito che il reato sanziona una condotta e non una situazione soggettiva, e che l'eventuale, differente rimproverabilità dello straniero può essere comunque valutata in concreto dal giudice, nella determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittale. Analogamente, le ipotesi "marginali" dello straniero che si sia trattenuto oltre il termine del visto di ingresso per ragioni contingenti (l'aver perso l'aereo o il non aver ricevuto tempestivamente dai parenti all'estero il denaro per l'acquisto del biglietto di viaggio), possono essere oggetto di un apprezzamento in concreto da parte del giudice, che potrà escludere la procedibilità per "particolare tenuità del fatto", secondo quanto previsto dall'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000.

La Consulta ha altresì escluso la lesione dell'art. 2 Cost., sotto il profilo del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo e del principio di solidarietà. In primo luogo, si è evidenziato che l'eventuale lesione del parametro deriverebbe non dalla norma penale oggetto del giudizio, ma dalle norme amministrative che pongono limiti all'ingresso e al soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale. Inoltre, ha sottolineato la Corte, la violazione dei diritti dell'uomo è affermata dal rimettente "in termini puramente apodittici", mentre con riferimento al principio di solidarietà la giurisprudenza costituzionale è nel senso che tale valore possa essere bilanciato con gli interessi riconducibili alla regolazione dei flussi migratori (ord. 192/2006, sentt. 217/2001 e 44/2006). In ogni caso, si è sottolineato che le ragioni della solidarietà trovano espressione in altre discipline relative allo straniero, dalle norme che prevedono i divieti di espulsione e di respingimento alle norme sul ricongiungimento familiare, sino a quelle che prevedono, in caso di presentazione della

domanda di protezione internazionale, la sospensione del procedimento penale avviato per il reato in esame e, nel caso di accoglimento della domanda, l'adozione di una sentenza di non luogo a procedere (art. 10-*bis*, comma 6, TUI).

Allo stesso modo, la Corte ha escluso la violazione dei vincoli comunitari di cui all'art. 117, comma 1, Cost. Una delle doglianze prospettate era infatti che la norma sarebbe stata in conflitto con la direttiva rimpatri (2008/115/CE), la quale prevede la "partenza volontaria" come modalità di esecuzione ordinaria del provvedimento di espulsione dello straniero, salvi i casi in cui il rimpatrio sia disposto come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale (artt. 7 e 2, par. 2, lett. b della direttiva). La Corte non è entrata nel merito della fondatezza della censura, in quanto il termine per l'attuazione della direttiva non era in quel momento ancora scaduto, per cui l'eventuale antinomia non si sarebbe potuta tradurre nell'adozione di una pronuncia di accoglimento. In ogni caso, si è evidenziato che l'eventuale violazione della direttiva rimpatri deriverebbe dalla norma del testo unico che prevede l'accompagnamento coattivo alla frontiera come modalità normale di esecuzione dell'espulsione (art. 13 comma 4 d.lgs. 286/1998), piuttosto che dalla norma penale oggetto del giudizio, che nulla aggiunge rispetto ad essa.

La Corte ha inoltre ritenuto infondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la lesione del principio di ragionevolezza che deriverebbe dalla vigenza di due sanzioni – amministrativa e penale – che puniscono la medesima condotta. Si è infatti precisato che il procedimento penale non costituisce un mero "duplicato" del procedimento amministrativo di espulsione in quanto, non di rado, non è possibile l'esecuzione del decreto di espulsione. Il giudice delle leggi ha ammesso che la pena pecuniaria ha una ridotta capacità dissuasiva e ha mostrato di essere cosciente della probabile mancanza di corrispondenza tra costi e benefici. E' ben vero, infatti, che nel caso in cui l'accompagnamento coattivo alla frontiera si riveli impossibile, il questore deve emettere un provvedimento con cui ingiunge allo straniero di lasciare il territorio nazionale, la cui inottemperanza era punita, al momento in cui la sentenza è stata scritta, in modo assai più severo rispetto a quanto fosse previsto con riferimento al reato di ingresso e soggiorno illegale (14, comma 5-*ter*, TUI). D'altro canto, ha sottolineato la Consulta, tali valutazioni attengono alla politica criminale e rientrano, quindi, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nella discrezionalità del legislatore.

E' stato infine ritenuto inconferente il parametro dell'art. 97 Cost., che secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale può essere invocato, in riferimento all'amministrazione della giustizia, solo per ciò che attiene all'organizzazione degli uffici giudiziari.

Un secondo gruppo di censure di legittimità costituzionale affrontate nella sentenza 250/2010 è quello la cui dichiarazione di fondatezza avrebbe comportato declaratorie di illegittimità parziale. La Consulta ha in primo luogo escluso l'illegittimità delle norme oggetto del giudizio per contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, nella parte in cui non reca come elemento negativo del reato la clausola della commissione del fatto "senza giustificato motivo". Tale clausola è presente nella norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, TUI, che punisce l'inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale, salvo il caso in cui la condotta omissiva sia stata posta in essere per giustificato motivo. Secondo la Consulta l'assenza della formula "senza giustificato motivo" non inibisce l'applicazione delle scriminanti generali e, altresì, del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, che impedisce il perfezionamento del reato omissivo di illecito trattenimento in ogni caso in cui sia presente una causa di impossibilità materiale o giuridica. Inoltre, secondo la Corte il *tertium comparationis* invocato non sarebbe finitimo alla norma oggetto del giudizio. La clausola del "giustificato motivo" è prevista con riferimento al reato di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale. Tale ordine è contenuto in un provvedimento adottato da parte

dell'autorità amministrativa, recante un termine ravvicinato per lasciare l'Italia, la cui esecuzione è rimessa esclusivamente allo straniero, il quale può ragionevolmente incorrere in difficoltà non facilmente superabili. Al contrario, la norma oggetto del giudizio presuppone un generico obbligo di rispetto delle norme sull'ingresso e il soggiorno e ad essa si accompagna una mera sanzione pecuniaria. Sotto quest'ultimo profilo, l'argomentazione appare superata in seguito alla sostituzione delle sanzioni detentive previste per il reato di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale con sanzioni pecuniarie.

In ogni caso, la Corte ha sottolineato che anche il reato "di clandestinità" si collega a una clausola che ne attenua il rigore sanzionatorio: si tratta dell'istituto dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000), la cui applicabilità discende dalla devoluzione al giudice di pace della competenza relativa a questa contravvenzione.

In ultima analisi, quindi, se nella sentenza 249/2010, venendo in evidenza un profilo di discriminazione per uno dei sette motivi di cui all'art. 3, comma 1 Cost., la Corte costituzionale ha ritenuto di dover procedere a uno scrutinio stretto di ragionevolezza, di contro nella successiva decisione 250/2010 la Consulta non ha dato seguito a tale importante apertura ed è tornata al tradizionale *self restraint* in materia penale, a garanzia della discrezionalità del legislatore, per cui una volta individuata una ragione giustificativa della norma penale (il suo collegamento con l'interesse alla programmazione e al controllo dei flussi migratori), ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità<sup>18</sup>.

#### 6. Alcuni nodi rimasti irrisolti dalla sentenza 250/2010.

La sentenza 250/2010 della Corte costituzionale, per quanto articolata, non ha sciolto tutti i dubbi di legittimità connessi alle norme oggetto del giudizio.

Le principali perplessità concernono il rispetto dei principi di materialità e di offensività in riferimento all'art. 25 Cost., e dei principi di tutela della dignità umana e di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Il principio di offensività costituisce il limite alla discrezionalità del legislatore nell'esercizio della potestà punitiva (Corte cost., sent. 354/2002). Secondo tale principio "non vi può essere reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo. Il legislatore non può quindi punire nessuno 'per quello che è' o 'per quello che vuole', ma può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico"<sup>19</sup>. È compito del legislatore individuare i beni giuridici meritevoli di tutela, purché la norma penale preveda fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo (Corte cost. 7 luglio 2005, n. 265)<sup>20</sup>. È indubbio che la nozione di bene giuridico è storicamente mutata: ai tradizionali beni individuali (vita, libertà personale, patrimonio, ecc.) e collettivi (fede pubblica, amministrazione della giustizia, imparzialità e correttezza della P.A., ecc.) si sono aggiunti nuovi beni di rilievo nella società post-industriale: l'ambiente, la sicurezza del lavoro, la trasparenza e il regolare funzionamento dei mercati finanziari etc.<sup>21</sup> La Corte Costituzionale, che in numerose sentenze ha sostenuto l'esistenza di un interesse alla

<sup>18</sup> In senso critico rispetto a tale approccio nella sentenza 250/2010 v. v. F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017 ss. e T. Guarnier, *Su di un caso di certiorari. Riflessioni critiche sul sindacato costituzionale del c.d. "reato di immigrazione clandestina"*, in *Dir. e Soc.*, 2011, p. 282 ss., che mettono in evidenza anche le contraddizioni rispetto alla precedente decisione 249/2010.

<sup>19</sup> Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 6.

<sup>20</sup> Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, cit., p. 7.

<sup>21</sup> Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, cit., p. 6.

programmazione e al controllo dei flussi migratori (Corte Cost., sentt. 62/1994 353/1997, 105/2001; n. 5 del 2004; n. 206 del 2006; 148/2008), ha ritenuto che il reato “di clandestinità” sia strumentale alla tutela di questo bene giuridico. Proprio in relazione a questo aspetto, tuttavia, non mancano le perplessità. Tale bene giuridico, infatti, è a nostro avviso lesa solo in misura minima dalla condotta del singolo straniero che abbia violato le norme su ingresso e soggiorno, laddove lo stesso bene è invece sensibilmente menomato dal soggetto che commette il delitto di promuovere, dirigere, organizzare, finanziare o effettuare il trasporto di stranieri nel territorio nazionale, di cui all’art. 12 TUI<sup>22</sup>.

In secondo luogo, la possibile lesione del principio di offensività deriva dal fatto che, come sostenuto nelle ordinanze di rimessione, il nuovo reato sarebbe riconducibile al “diritto penale d’autore”, che sanziona non un fatto lesivo di un bene giuridico ma una situazione soggettiva. Anche se la Corte costituzionale si è sforzata di dimostrare che “la condizione di cosiddetta ‘clandestinità’ non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita”; che la norma penale non dà vita “ad una ipotesi di ‘diritto penale d’autore’, al di sotto della quale si radicherebbe l’intento di penalizzare, ex se, situazioni di povertà ed emarginazione”, e che non istituisce “una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell’immigrato irregolare, non rispondente all’*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitraria”, l’effetto indiretto di tale disciplina è quello di fare insorgere un disvalore penale, uno “stigma” (parola usata dalla Corte nella sentenza 249/2010), rispetto a un’amplessima categoria di stranieri. A questo proposito, si deve ricordare che secondo l’art. 6, comma 2 TUI, l’accesso ai pubblici servizi - a parte alcune importanti eccezioni come le prestazioni sanitarie e scolastiche obbligatorie - è subordinato all’esibizione del permesso di soggiorno da parte dello straniero, e che il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che sia venuto a conoscenza del reato di ingresso o soggiorno illegale a causa o in occasione dell’esercizio delle proprie funzioni, salva l’eccezione espressamente prevista a favore degli operatori sanitari (art. 35, comma 5 TUI), ha l’obbligo di denuncia dello straniero alle autorità (art. 361 e 362 c. p.).

In ultima analisi, lo straniero irregolarmente soggiornante è posto in condizione di non poter interloquire – non senza timore - con quasi tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio. Il punto di maggiore criticità derivante dall’intreccio di queste discipline è quello inerente i servizi scolastici obbligatori. L’accesso a tali servizi è infatti un dovere (art. 38 TUI), oltre che un diritto il cui esercizio non è subordinato all’esibizione del titolo di soggiorno (art. 6 comma 2 TUI). Non è però previsto, con riferimento al personale scolastico, un divieto di segnalazione dello straniero irregolarmente soggiornante analogo a quello vigente in relazione al personale sanitario (art. 35 comma 5 TUI), per cui lo straniero di cui sia accidentalmente scoperta l’irregolarità di soggiorno dovrebbe essere denunciato da parte degli operatori scolastici. E’ ben vero che l’obbligo di denuncia all’autorità giudiziaria nasce solo nel caso in cui vi sia la certezza, e non il semplice sospetto, della commissione del reato (Cass., sez. I, penale, 19.2.1988; 10.5.1988, n. 5793, CED 178378; Cass. 26081/2006)<sup>23</sup>; e pur tuttavia, la disciplina vigente presenta ambiguità tali da dover essere ritenuta in conflitto con gli artt. 2, 3 e 33 Cost., da cui discende il diritto alla scuola dell’obbligo, e con l’art. 24 Cost., cui si ascrive il diritto a non denunciare una propria condotta criminosa (*nemo tenetur se detergere*). L’incostituzionalità della norma potrebbe essere sanata da una sentenza additiva che introducesse un divieto di segnalazione in capo agli operatori scolastici. La Corte costituzionale nella sentenza 250/2010 ha giudicato tale questione di legittimità

<sup>22</sup> Cfr. L. Masera, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, cit., p. 50.

<sup>23</sup> Sul punto v. Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione (ASGI), documento settembre 2009, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto all’istruzione dopo l’entrata in vigore della legge n. 94/2009*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, pp. 304-305.

manifestamente inammissibile, in quanto la lesione non deriverebbe dall'art. 10-*bis* TUI, ma da altre norme che non erano oggetto del giudizio.

In altri casi il servizio pubblico interferisce con un diritto fondamentale dello straniero il cui esercizio non è però obbligatorio: accade quindi che lo straniero irregolarmente soggiornante debba scegliere tra la rinuncia all'esercizio del diritto e la possibilità di essere identificato e denunciato. Si pensi al diritto costituzionale di difesa: in vigenza dell'attuale disciplina, poiché è possibile che nel corso di un processo emerga l'irregolarità di soggiorno dello straniero, cui dovrebbe far seguito la denuncia da parte del giudice, lo straniero può essere indotto a rinunciare alla tutela processuale oppure ad astenersi dal comparire in udienza. Anche la *deminutio* di questo diritto costituzionale potrebbe essere sanata da una decisione additiva che introducesse un divieto di segnalazione analogo a quello già vigente nei confronti degli operatori sanitari.

Rimangono infine irrisolti alcuni dubbi di legittimità costituzionale parziale della disciplina vigente.

In primo luogo, con riferimento all'art. 24 Cost., è dubbia la legittimità dell'art. 10-*bis*, comma 5, TUI, che qualificando l'esecuzione dell'espulsione o il respingimento come condizioni di improcedibilità *non rinunciabili dall'imputato*, preclude allo straniero espulso o respinto la possibilità di dimostrare la propria innocenza, violando in tal modo il suo diritto alla difesa<sup>24</sup>. La potenziale incostituzionalità della norma potrebbe essere sanata da una sentenza additiva della Corte Costituzionale, che la dichiarasse illegittima nella parte in cui non prevede il diritto dello straniero alla celebrazione del processo, con conseguente applicazione dell'art. 17 TUI (che consente all'immigrato espulso il reingresso temporaneo sul territorio nazionale per la difesa in un processo a suo carico).

In secondo luogo, con riferimento all'art. 3 Cost., l'inapplicabilità della disciplina sull'oblazione ai fini dell'estinzione del reato in esame è di dubbia compatibilità con il principio di coerenza dell'ordinamento. L'oblazione è infatti prevista come causa di estinzione di tutte le contravvenzioni punite con una pena pecuniaria (art. 162 c. p.) e, a discrezione del giudice, delle contravvenzioni punite alternativamente con una pena pecuniaria o con una pena detentiva (art. 162-*bis* c. p.)<sup>25</sup>. E' ben vero che una norma eccezionale non è di per sé illegittima, ma lo è solo nel caso in cui sia priva di una *ratio* giustificativa<sup>26</sup>; in questo caso, tuttavia, tale *ratio* non può essere ravvisata nel fatto che la protezione del bene giuridico sottostante alla norma – la regolazione dei flussi migratori – sarebbe frustrata se il reato potesse essere estinto con il pagamento di una somma di denaro. Occorre considerare che lo straniero non si sottrarrebbe comunque all'espulsione amministrativa e, nei casi previsti, al trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione. Ad essere depotenziato sarebbe quindi solo l'istituto dell'espulsione giudiziale come sanzione sostituiva della pena pecuniaria.

In terzo luogo, appare violato il principio della separazione dei poteri. Infatti, l'eventuale esecuzione dell'espulsione amministrativa da parte del questore incide sull'esito del giudizio (che in questo caso si chiude con una sentenza di non luogo a procedere e non con una sentenza di condanna) e non è soggetta a previo nulla osta da parte del giudice di pace che procede per il reato di ingresso illegale da parte dello straniero (art. 10-*bis*, comma 4 TUI); di contro, è una regola generale che l'esecuzione dell'espulsione amministrativa sia posta in essere previa concessione del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria (art. 13, comma 3 TUI). La Corte costituzionale nella sentenza 250/2010 ha ritenuto una simile questione di legittimità inammissibile per difetto di rilevanza; tuttavia, superata questa condizione di inammissibilità, l'esito del giudizio

<sup>24</sup> Con riferimento a questa ipotesi, si vedano le osservazioni del senatore Casson in Camera dei deputati, XVI Legislatura, Dossier di Documentazione, Servizio Studi, Dipartimento giustizia, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, A.C. 2180 - 05/03/2009.

<sup>25</sup> Cfr. L. Masera, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit., p. 48.

<sup>26</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 152.

dovrebbe essere una sentenza additiva della Corte costituzionale che dichiara la norma penale illegittima nella parte in cui non prevede il rilascio del nulla osta da parte del giudice di pace, con un conseguente, ulteriore aggravio del carico di lavoro sugli uffici giudiziari.

Infine, con riferimento all'art. 3 Cost., è di dubbia razionalità il potere del giudice di pace di espellere lo straniero per un periodo non inferiore ai cinque anni come sanzione sostitutiva della pena (art. 16, comma 1 TUI). Si tratta del solo caso nell'ordinamento in cui l'espulsione è prevista come sanzione sostitutiva di una pena non detentiva, con la conseguenza che la sanzione sostitutiva - che incide sulla libertà personale - è più afflittiva di quella (di natura pecuniaria) prevista dalla norma che prevede il reato. Peraltro, è stato evidenziato, la sanzione che incide sulla libertà personale è in questo caso comminata da un giudice non togato<sup>27</sup>. La Corte costituzionale ha però ritenuto la questione di legittimità manifestamente inammissibile, in quanto la norma che lo disciplina non era oggetto del giudizio. La stessa norma che prevede l'espulsione giudiziale è di dubbia legittimità anche con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in quanto il divieto di reingresso si collega a un reato il cui fatto tipico è costituito dalla mera violazione delle norme amministrative su ingresso e soggiorno; esso dovrebbe, quindi, ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 11 della direttiva rimpatri, che non sempre prevede il divieto di reingresso e che stabilisce una durata di regola non superiore ai cinque anni<sup>28</sup>.

Il dibattito sulla legittimità di tale reato non si è sopito con la sentenza 250/2010. Così ad essa hanno fatto seguito decine di decisioni di manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità proposte da diversi giudici in relazione all'art. 10-*bis* TUI. Taluni giudici hanno poi posto in essere un rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia, lamentando l'incompatibilità dell'art. 10-*bis* con la direttiva rimpatri. Si è infatti evidenziato che se è vero che la pena prevista è una pena pecuniaria, e che quindi essa non interferisce con la procedura di rimpatrio, è altresì vero che in caso di mancata ottemperanza a tale sanzione da parte del condannato la pena può essere sostituita con la permanenza domiciliare fino a quarantacinque giorni (artt. 53 e 55, comma 5 d.lgs. n. 274/2000), ossia una sanzione limitativa della libertà personale che non sarebbe compatibile con la direttiva così come interpretata nelle sentenze della Corte di giustizia *El Dridi* e *Achughbalian*. Parimenti, la norma secondo la quale il giudice di pace può comminare la sanzione sostitutiva dell'espulsione, che è eseguita sempre con allontanamento coattivo alla frontiera, si pone in contrasto con la direttiva rimpatri, secondo la quale le misure coercitive possono essere applicate solo «in ultima istanza», sempre che siano «proporzionate» e non eccedano «un uso ragionevole della forza» (art. 8, comma 4 della direttiva)<sup>29</sup>. E' altresì vero, tuttavia, che un'eventuale pronuncia della Corte di giustizia che accogliesse questi argomenti comporterebbe la sola inapplicabilità delle norme che consentono la sostituzione della pena pecuniaria, e non della norma penale di cui all'art. 10-*bis* TUI<sup>30</sup>.

In ultima analisi, nel contesto normativo che si è delineato, il reato di ingresso e soggiorno irregolare, con il conseguente obbligo di denuncia posto in capo ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio, appare, ad avviso di chi scrive, lesivo dei valori fondamentali della dignità e della solidarietà umana e lesivo, altresì, della libertà dal timore sancita dal preambolo del patto internazionale sui diritti civili e politici e di quello sui diritti

<sup>27</sup> Cfr. L. Masera, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit., p. 46; C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale nel territorio dello Stato*, cit., pp. 48-49.

<sup>28</sup> Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Prime note sul decreto legge 23 giugno 2011*, n. 89, cit. p. 24.

<sup>29</sup> Tribunale di Rovigo, Sezione distaccata di Adria, ord. 15 luglio 2011, Est. Miazzi, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); giudice di pace di Lecce, ordinanza del 22.09.2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); v. anche R. Raffaelli, *Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case*, *European journal of migration and law*, 2011, p. 487 s.

<sup>30</sup> Cfr. G. Gatta, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 8.

economici, sociali e culturali. E' difficile non percepire che, nel momento della denuncia alle autorità, viene denunciato un fatto – la situazione di irregolarità – che è al tempo stesso una condizione soggettiva della persona. La norma penale fluttua quindi in una zona grigia, si pone sulla linea di confine tra il diritto penale del fatto e il diritto penale d'autore. Tale ipotesi di reato, seppur non manifestamente irragionevole o arbitraria, appare oggettivamente idonea a rafforzare i sentimenti di paura, diffidenza o intolleranza nei confronti del diverso.

E' quindi quanto mai auspicabile che nella XVII legislatura il Parlamento abroghi il reato di cui all'art. 10-*bis* TUI, che si è rivelato inidoneo a soddisfare l'interesse alla programmazione e al controllo dei flussi migratori e che determina, altresì, un aggravio del carico di lavoro degli uffici giudiziari. In ogni caso, sebbene non sia prevedibile un *revirement* giurisprudenziale che si traduca nell'annullamento del reato di ingresso e soggiorno irregolare, è certo che gli effetti secondari della norma di cui all'art. 10-*bis* TUI sarebbero fortemente attenuati se fossero adottate sentenze additive che introducessero divieti di segnalazione per gli operatori nei servizi pubblici inerenti i diritti costituzionali fondamentali.

\*\* Associato di Diritto costituzionale, Università di Cagliari