

FRANCESCA BAILO*

L'aggravante e il reato di clandestinità: illegittimità “*tout court*” per la prima e rigetto con motivazione “a due tempi” per il secondo, con qualche apertura ad altri profili d'incostituzionalità.

SOMMARIO: 1. Il T.U. sull'immigrazione tra continue modifiche legislative e sollevazioni di questioni di legittimità costituzionale. 2. L'assetto normativo in cui si inscrivono le disposizioni impugnate. – 2. La declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità. – 3. La “patente di legittimità” del reato di clandestinità. una motivazione “in due tempi”. – 4. Considerazioni finali.

1. Il T.U. sull'immigrazione tra continue modifiche legislative e sollevazioni di questioni di legittimità costituzionale.

Il fenomeno dell'immigrazione ha, negli ultimi decenni, preso sempre più piede nel nostro Paese (così come più ampiamente in ambito europeo^{1[1]}), dove ha trovato una

* Dottore di ricerca in Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi.

^{1[1]} Per una sintetica ricostruzione dei più importanti “passaggi” della politica comunitaria in materia d'immigrazione fino ai più recenti sviluppi (cfr. in particolare, e più recentemente, la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante “*Norme e procedure comuni*

prima compiuta razionalizzazione normativa^{2[2]} con il “*Testo unico sulle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*” (d’ora in avanti “T.U. sull’immigrazione”), approvato con il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. L’impianto legislativo ha però subito numerosi aggiustamenti, in parte dovuti alla successione di esecutivi di diverso orientamento politico, che hanno portato con sé un diverso indirizzo di politica criminale, ma anche, e soprattutto, a causa di alcuni importanti interventi della Corte costituzionale, operanti per la maggior parte sul piano sanzionatorio.

applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”), cfr. L. TRUCCO, Il permesso di soggiorno nel quadro normativo e giurisprudenziale attuale, in P. COSTANZO, S. MORDEGLIA, L. TRUCCO, Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale, Milano, 2008, 11 ss., specc. 14-16; ID., Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie, nella rivista telematica Federalismi.it del 29 aprile 2009, ID., Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie (atto II), nella rivista telematica Teutas del 21 maggio 2009. Recentemente deve poi registrarsi, in Francia, una politica di sicurezza particolarmente dura intrapresa dal Presidente Sarkozy, e volta in particolare a una vera e propria “espulsione di massa” dei campi rom illegali, che colpisce in particolare cittadini rumeni e bulgari, nonché il togliere la cittadinanza a neofrancesi di origine straniera macchiatisi di particolari reati. Deve peraltro avvertirsi, al proposito, che la Commissione UE ha più volte posto l’attenzione sulla citata strategia politica, ammonendo gli Stati membri a fare buon uso della direttiva sul libero movimento dei cittadini del 2004, ricordando che in materia di espulsione deve essere sempre rispettato il principio di proporzionalità e che le valutazioni devono essere compiute caso per caso, quindi virtualmente non sarebbero possibili espulsioni di massa. Avere mezzi di sostentamento, non pesare sul sistema di sicurezza sociale, avere un’assicurazione sanitaria e non costituire un pericolo per la pubblica sicurezza sono i quattro criteri chiave che dovrebbero infatti, sempre ad avviso della Commissione Ue, essere soppesati dalle autorità nell’analisi di ogni singola situazione.

^{2[2]} Per un maggior approfondimento sui precedenti interventi normativi in materia d’immigrazione, anche se in modo maggiormente dettagliato sul permesso di soggiorno, cfr. L. TRUCCO, *Il permesso di soggiorno nel quadro normativo*, cit., spec. 13-14.

Quanto al primo profilo, le modifiche normative più significative^{3[3]}, ma anche più discusse, sono state realizzate dalle ll. nn. 189/2002 e 289/2002, dal d.l. n. 241/2004 (conv., con modif., dalla l. n. 271/2004), dal d.l. n. 92/2008 (conv., con modif., dalla

^{3[3]} I principali interventi modificativi apportati al “T.U. sull’immigrazione”, al momento in cui si scrive, sono stati introdotti dai d.lgs. nn. 380/1998 e 113/1999; dal d.l. 4 aprile 2002, n. 51; dalle leggi nn. 189/2002 e 289/2002; dal d.lgs. n. 87/2003; dai d.l. 14 settembre 2004, n. 241 (conv., con modif., dalla l. 12 novembre 2004, n. 271) e 27 luglio 2005, n. 144 (conv., con modif., dalla l. 31 luglio 2005, n. 155); dai d.lgs. 8 gennaio 2007, nn. 3 e 5; dal d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (conv., con modif., dalla l. 6 aprile 2007, n. 46); dal d.lgs. 10 agosto 2007, n. 154 e, più recentemente, dal d.lgs. 9 gennaio 2008, n. 17 e dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv., con modif., dalla l. n. 125 del 2008), dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (conv., con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38). Ancora più recenti risultano, infine, la l. 15 luglio 2009, n. 94 (recante “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”), la l. 30 giugno 2009, n. 85, sull’adesione al Trattato di Prüm e tre decreti legislativi, rispettivamente, sul ricongiungimento, sul riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato e sulla libera circolazione dei cittadini comunitari. Al proposito cfr., comunque, per un primo commento, L. TRUCCO, *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie*, cit., ID., *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie (atto II)*, cit. Cfr. peraltro anche [Corte cost., sent. 7 febbraio 2000, n. 31](#), (con osservazioni di R. BIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d’insieme sulle decisioni referendarie del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 222 ss.; M. CERASE, *Dal giudizio sull’ammissibilità del referendum a quello sulla sovranità di Stato*, ibidem, 228 ss.; G. BASCHERINI, *Referendum sull’immigrazione: l’intervento di soggetti terzi, la natura composita dell’oggetto referendario, il limite degli obblighi internazionali*, ibidem, 233 ss.) con cui è stato dichiarata l’inammissibilità di un referendum mirante ad abrogare l’intero T.U. sull’immigrazione, dal momento che in detta ipotesi sarebbe venuta meno, da un lato, la disciplina circa l’ingresso e il soggiorno degli stranieri e, dall’altro, si sarebbe determinata una lacuna per quanto concerne le sanzioni penali a carico di coloro che sfruttavano il fenomeno dell’immigrazione clandestina. Oltretutto in tal modo l’Italia si sarebbe resa inadempiente agli obblighi derivanti dagli artt. 2, 5, 6, 18, 23 e 27 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen e quindi dal Trattato di Amsterdam, così violando anche l’art. 75 Cost., nella parte in cui prevede il divieto di *referendum* abrogativo sulle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e sulle altre disposizioni normative che producono effetti collegati in modo così stretto all’ambito di operatività di tali leggi.

l. n. 125/2008) e, da ultimo, dalla l. n. 94/2009, senza però giungere mai all'obiettivo di operare un vero e proprio "riassetto" della materia, reso "in astratto" possibile già in virtù dell'art. 14, comma 14, della l. delega n. 246/2005 (ora art. 14, comma 18, così come novellato dalla l. n. 15/2009), sulla semplificazione normativa, e auspicato, in quanto intervento prioritario, dal Consiglio di Stato nel parere espresso nell'Adunanza del 21 maggio 2007, n. 2024 (sul Piano di azione per la semplificazione e la qualità della regolazione). Anzi, più recentemente, si assiste alla volontà del legislatore di proporre modifiche puntuali al T.U. sull'immigrazione^{4[4]}, che vanno ad aggiungersi alle precedenti stratificazioni, creando però ulteriori e inevitabili difficoltà di coordinamento.

La Corte costituzionali, per parte sua, è stata più e più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni relative al T.U. sull'immigrazione e, solo in pochi, ma assai rilevanti, casi ha pronunciato un dispositivo di accoglimento. Tra questi, può essere certamente ricordata la [sent. n.](#)

^{4[4]} Il riferimento è, in particolare, al d.d.l. S. n. 2494 (recante *"Nuove disposizioni in materia di sicurezza pubblica"*), presentato al Senato dal ministro Maroni il 13 dicembre 2010, e attualmente assegnato alle commissioni riunite 1^a (Affari Costituzionali) e 2^a (Giustizia) in sede referente che, oltre a prevedere modifiche puntuali agli artt. 3 e 22, comma 11, del T.U. sull'immigrazione, contiene disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari, volte ad evitare l'imminente apertura di procedure di infrazione già annunciate. Occorre peraltro sottolinearsi che, accanto al citato d.d.l., il Governo ha presentato il d.l. 12 novembre 2010 n. 187 (conv. con modif., nella l. n. 217/2010) che, pur non incidendo sul T.U. sull'immigrazione, reca comunque *"Misure urgenti in materia di sicurezza"*.

[223/2004](#)^{5[5]}, in cui è stata dichiarata, in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quinquies* del T.U. sull'immigrazione (così come modificato dall'art. 13, comma 1, della l. n. 189/2002), nella parte in cui stabiliva l'arresto obbligatorio dello straniero colto nella flagranza della contravvenzione di cui al comma 5-*ter*, e cioè per essersi trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro il termine di cinque giorni, la cui pena era fissata tra un minimo di sei mesi e un massimo di un anno.

Nella maggior parte dei casi però, la Consulta ha preferito mantenere un certo *self-restraint*, come dimostra, esemplificativamente, la di poco successiva [sent. n. 22/2007](#)^{6[6]}. In quest'ultima decisione è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità avente ad oggetto la medesima disposizione impugnata nella precedente

^{5[5]} A commento della citata decisione cfr. le osservazioni di A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; E. ZIMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, ibidem, 2004; G. BASCHERINI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in *Costituzionalismo.it*, 2004; M. MENGOZZI, *Le recenti vicende del testo unico sull'immigrazione tra Corte costituzionale e legislazione d'urgenza*, in *Associazione dei costituzionalisti*, 2004.

^{6[6]} A commento della citata decisione cfr. le osservazioni di C. FATTA, *L'indebito trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato al vaglio della Corte costituzionale*, *Giur., it.*, 2007, 2415 ss.; D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.; M. MALENA, *L'incoerenza delle sanzioni penali per la permanenza illegittima dello straniero: il monito della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007).

pronuncia, così come modificata però dal d.l. n. 241/2004, che aveva nel frattempo trasformato il reato in delitto sanzionato con la reclusione da uno a quattro anni, in modo da renderlo coerente con il tessuto processual-penalistico presente nel nostro ordinamento^{7[7]}. Tuttavia, come efficacemente sostenuto da un'attenta dottrina, trapela, nella motivazione, un continuo “vorrei ma non posso”^{8[8]} e, a tratti, si è letto uno strenuo monito al Parlamento, soprattutto allorché si è tenuto a sottolineare 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”. E, del resto, si è in quella sede precisato che si trattava di una scelta recente del legislatore, caratterizzata da un più complessivo innalzamento delle pene, le quali dovevano essere prese in considerazione “nell'ambito di un esame comparativo dell'intero quadro della normativa in materia”, valutazione questa che spettava però

^{7[7]} Per meglio precisare, se il decreto-legge mirava esclusivamente a sopprimere la previsione processuale dichiarata illegittima, conservando la natura contravvenzionale del reato *de qua*, è stato invece con la l. di conversione che si è avuta la trasformazione della fattispecie criminosa in delitto, punita con una reclusione tale da restituirle coerenza rispetto ai principi fissati nell'art. 280 c.p.p. La nuova disposizione è stata però molto criticata in dottrina. Al proposito cfr. A. CAPUTO, *Prime note sulle modifiche alle norme penali del Testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2005, 2, spec. 245.

^{8[8]} Il riferimento è a D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può”*, cit., 181 ss.

al legislatore, e non a una eventuale pronuncia della stessa Corte costituzionale, che viceversa avrebbe inciso in modo parziale “sul quadro degli squilibri denunciati, senza determinare un superamento completo ed effettivo”.

È però nella giurisprudenza costituzionale più recente che può, forse in modo azzardato, avvertirsi l'intenzione del Giudice delle leggi di mettere finalmente mano al T.U. sull'immigrazione, salvando il salvabile, nel prioritario rispetto della discrezionalità del legislatore, particolarmente sentito per quel che concerne le scelte in merito al regime sanzionatorio da approntare, ma neppure sottraendosi all'esigenza, che le è propria, di annullare quelle norme o disposizioni che appaiono evidentemente irragionevoli e, perciò, costituzionalmente illegittime. Le due facce della medaglia, un po' come un Giano bifronte, risultano particolarmente evidenti nelle sentenze nn. [249](#) e [250 del 2010](#), in cui, nella prima, è stata dichiarata l'illegittimità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, C.p. e, nella seconda, sono state invece tutte rigettate le prospettate questioni di legittimità costituzionale del reato di clandestinità di cui all'art. 10-bis del T.U. sull'immigrazione, in quanto ritenute in parte manifestamente infondate e, in parte, manifestamente inammissibili. Ma, in realtà, quest'ultimo giudizio di legittimità costituzionale, oltre a lasciare aperta la strada a ulteriori profili d'incostituzionali, pur se non direttamente incidenti sulla disposizione impugnata, ha avuto bisogno, almeno in parte, di una motivazione “a due tempi”, essendo la Corte costituzionale tornata a puntualizzare le ragioni del rigetto, seppur indirettamente, nella recentissima [sentenza n. 359/2010](#).

È su queste ultime tre decisioni, e sul quadro normativo all'interno del quale sono state originate le sopra richiamate disposizioni censurate, dunque, che sembra opportuno concentrarsi nel prosieguo.

2. L'assetto normativo in cui si inscrivono le disposizioni impugnate.

L'aggravante dell'immigrazione clandestina è stata, dunque, introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. f), del d.l. n. 92/2008 (conv., con modif., nella l. n. 125/2008), nell'ambito di una più ampia politica di contenimento e di gestione dei flussi migratori, tendente ad inasprire l'apparato sanzionatorio già allestito dal T.U. sull'immigrazione, in linea, del resto, con il programma del Governo Berlusconi III, che già al momento del suo avvio aveva varato^{9[9]} il c.d. "Pacchetto sicurezza", di cui il citato decreto legge è parte.

La normativa, tuttavia, ancor prima della sua definitiva entrata in vigore, aveva già suscitato i rilievi del Consiglio superiore della magistratura che, con parere del 1° luglio 2008, aveva criticato il "tasso di elevata rigidità" applicativa dell'aggravante, ed il suo fondarsi su una presunzione di pericolosità operante in modo automatico e in conseguenza di una situazione di mera irregolarità amministrativa (non costituendo ancora la presenza irregolare sul territorio nazionale un illecito penale)^{10[10]}. Ma anche

^{9[9]} Sul punto cfr. *amplius*, L. TRUCCO, *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie*, cit., ID., *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie (atto II)*, cit.

^{10[10]} Sul punto cfr., *amplius*, E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI, (curr.), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*,

gran parte della dottrina, nei commenti “a prima lettura”, aveva segnalato gli ulteriori profili d’illegittimità della disciplina^{11[11]}, non a caso fatti poi propri da taluni dei giudici rimettenti.

Dal canto suo, il reato d’immigrazione clandestina di cui all’art. 10-*bis* del T.U. sull’immigrazione è stato introdotto dall’art. 1, comma 16, lett. a), della più recente l. n. 94/2009, non senza un lungo travaglio in sede parlamentare. In effetti, secondo il d.d.l. originale si sarebbe dovuto far luogo ad una fattispecie delittuosa sanzionata con la reclusione da sei mesi a quattro anni, contemplandosi altresì la misura dell’arresto obbligatorio in flagranza ed il rito direttissimo per “lo straniero che fa[cesse] ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del Testo unico in materia”. Il 4 novembre 2008, il Governo presentava però, a sorpresa, un emendamento, poi accolto, che, mentre veniva a ricomprendere nella condotta incriminata anche la permanenza irregolare nel territorio dello Stato, trasformava in

Torino, 2009, 238, nonché G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1634 -1635.

^{11[11]} Per un primo approfondito commento della nuova disposizione, *ex multis*, cfr. L. MASERA, *Le misure del pacchetto sicurezza in materia di immigrazione*, in O. MAZZA - F. VIGANO (curr.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, 5 ss.; G.L. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA.VV., “Decreto sicurezza”: tutte le novità, Milano, 2008, 27 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare*, cit., 1634 ss.; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen proc.*, 2008, 1077 ss.; A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, ivi, 2009, 42 ss. Per alcuni commenti critici “a prima lettura”, antecedenti alla stessa entrata in vigore del d.l. n. 92/2008, cfr. V. ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale*, in *Il Sole 24 ore* del 22 maggio 2008, e S. RODOTÀ, *Sicurezza. L’uguaglianza calpestata*, in *La Repubblica* del 22 maggio 2008.

contravvenzionale la relativa fattispecie con l'ammenda da 5.000 a 10.000 Euro, non obblazionabile, venendo meno ovviamente l'arresto in flagranza obbligatorio e rimettendosi la competenza al giudice di pace.

Come parte della dottrina ha persuasivamente sottolineato^{12[12]}, il nuovo reato potrebbe essere senza difficoltà ascritto a quello che è stato denominato “diritto penale simbolico”, se è vero che la possibilità di dar corso all'esecuzione in concreto di un'ammenda particolarmente onerosa per soggetti che si trovano generalmente in condizione di forte disagio economico, oltreché sociale, risulta sostanzialmente impraticabile. Lo stesso legislatore, probabilmente conscio del problema, ha ritenuto che, in via sostitutiva, possa essere applicata l'espulsione amministrativa del condannato che, se condotta a buon fine, comporta una sentenza di non luogo a procedere. Ma proprio la macchinosità del procedimento, evidentemente previsto per scongiurare la prospettiva di un intasamento delle strutture destinate alla custodia, e, quindi, anche degli istituti penitenziari^{13[13]}, comporterebbe, a giudizio di un'attenta dottrina^{14[14]}, “un'inevitabile situazione caotica negli uffici del giudice di pace”, mentre, “a seguito della condanna simbolica il clandestino entra comunque nell'area della potenziale incarcerazione in quanto inosservante dell'ordine di espulsione (con

^{12[12]} Il riferimento è a P. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1, 6, ma anche, e soprattutto, a E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 237, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali in ordine al diritto penale simbolico in generale.

^{13[13]} Al proposito cfr. P. PISA, *Sicurezza atto secondo*, cit., 5.

^{14[14]} Il riferimento è a P. PISA, *Sicurezza atto secondo*, cit., 6.

ritorno della prospettiva del congestionamento degli istituti penitenziari)”^{15[15]}. Ad analoghe conclusioni è giunto il Consiglio superiore della magistratura, che, oltre a lamentare l’aggravio dell’attività giudiziaria che, in generale, sarebbe derivato dall’introduzione del reato a fronte dell’imponenza del fenomeno migratorio, ha richiamato l’attenzione sulla scarsa, se non nulla, efficacia deterrente dell’ammenda ivi prevista e sull’inidoneità della disposizione a conseguire i propri intenti (peraltro già perseguiti dalla normativa vigente, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 13 e 14 del T.U. sull’immigrazione); laddove un’irragionevole disparità di trattamento è stata rintracciata nel confronto con la disciplina, per molti versi simile, prevista, ai sensi dell’art. 14, comma 5-ter, del T.U. sull’immigrazione, il quale prevede la punibilità dello straniero inottemperante all’ordine di espulsione ove lo stesso si trattenga nel territorio dello Stato “senza giustificato motivo”. Sempre ad avviso dell’organo di autogoverno della magistratura, l’attribuzione al giudice di pace

^{15[15]} Così cfr. ancora P. PISA, *Sicurezza atto secondo*, cit., 6, il quale aggiunge però che gli effetti negativi ora descritti si presentano nel presupposto di “un’applicazione effettiva della nuova normativa; se invece fosse sottinteso un messaggio criptato alle forze di polizia di limitarsi a controlli sporadici (e quindi a scarse denunce) si eviterebbe il collasso del sistema ma si rivaluterebbe la serietà delle grida di manzoniana memoria”. E, infine, conclude sostenendo che, se il vero obiettivo della disposizione in esame è l’espulsione, l’intasamento della giurisdizione penale è dovuto al fatto che “l’effettiva attuazione delle espulsioni continua a presentare, nonostante i proclami propagandistici, i consueti problemi: l’accompagnamento alla frontiera è spesso inattuabile (per la distanza, per l’incertezza o la scarsa collaborazione dei Paesi di destinazione)”. In definitiva, “si cerca di mascherare l’efficienza operativa sventolando la bandiera dell’intervento penale con spreco di risorse e risultati improbabili che non giovano alla credibilità dell’ordinamento italiano”.

della relativa competenza avrebbe, inoltre, alterato “gli attuali criteri di ripartizione della competenza tra magistratura professionale e magistratura onoraria”, snaturando la fisionomia di quest’ultima^{16[16]}.

Tutti questi profili critici non sono certo passati inosservati ai giudici chiamati a dare applicazione alle citate nuove disposizioni, derivandone la sollevazione di numerose questioni di legittimità costituzionale.

3. La declaratoria d’illegittimità costituzionale dell’aggravante della clandestinità.

Quanto alla circostanza aggravante del soggiorno illegale sul territorio nazionale la Corte costituzionale aveva avuto, in un primo momento, buon gioco nel dichiarare, per ragioni processuali, l’inammissibilità di parte delle questioni sollevate e nel disporre, per altra parte, la restituzione degli atti ai giudici rimettenti^{17[17]}. Tuttavia,

^{16[16]} Una segnalazione ha riguardato anche l’inevitabile incidenza negativa del nuovo reato “in tema di accesso a servizi pubblici essenziali relativi a beni fondamentali tutelati dalla Costituzione”.

^{17[17]} Il riferimento è a [Corte cost., ord. 29 ottobre 2009, n. 277](#), in cui è stata dichiarata, in parte, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’art. 61, n. 11, C.p., per non aver il giudice rimettente chiarito la ragione per cui la disposizione impugnata dovesse venire applicata anche per quei reati, come nel caso di specie, che consistono proprio in violazioni della disciplina dell’immigrazione, posto che le circostanze aggravanti aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali e, per il resto, è stata decisa la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, per le modifiche successivamente intervenute già in sede di conversione, ma poi anche con la l. n. 94/2009, art. 1, commi 1 e 16. Analogamente cfr. poi [Id., ord. 24 febbraio 2010, n. 66](#).

assecondato il quadro normativo, essa non ha potuto esimersi dal pronunciarsi nel merito con la [sent. n. 249 del 2010](#) pervenendo, come già accennato, a dichiararne l'illegittimità costituzionale.

Più nel dettaglio, i giudici *a quibus* hanno prospettato, innanzitutto e sotto molteplici profili, la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto la norma in questione istituiva un'indebita assimilazione fra il trattamento di soggetti responsabili d'una mera infrazione amministrativa (tale essendo ancora considerata la violazione delle norme in materia di immigrazione all'epoca dell'ordinanza di rimessione) ed il trattamento di soggetti che avessero abusato della propria funzione o qualità personale (art. 61, numeri 9 e 11, C.p.), o avessero già commesso reati in precedenza (art. 99 C.p.), o fossero già stati individuati come pericolosi mediante un provvedimento giudiziale (art. 61, numero 6, C.p.), o fossero comunque latitanti. Si è, inoltre, ritenuto che la norma fosse affetta da intrinseca irragionevolezza, per essere fondata su una presunzione di maggior pericolosità collegata alla mera carenza di un titolo per il soggiorno nel territorio dello Stato, senza alcuna distinzione tra le varie possibili violazioni del T.U. sull'immigrazione, e senza dare alcun rilievo al caso che ricorresse un "giustificato motivo". Ma è stato oggetto di denuncia anche il contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 27, comma 1, Cost., per il difetto di pertinenza del maggior trattamento punitivo al fatto di reato, e per la sua esclusiva inerenza ad uno "*status* personale del reo", così da piegarsi ai dettami del "diritto penale d'autore", oltretutto minare, in riferimento al solo art. 27, comma 1, Cost., "il rapporto di proporzionalità tra la pena inflitta ed il grado della responsabilità personalmente

referibile al reo”. Ancora, la violazione dell’art. 27, comma 3, Cost., è stata allegata a motivo della ritenuta sproporzione per eccesso della sanzione rispetto al fatto, sul piano obiettivo e nella stessa percezione soggettiva da parte del condannato, sì da privare la corrispondente porzione della pena della necessaria finalizzazione rieducativa. Da ultimo, sia pure in via consequenziale, taluno dei giudici *a quibus*, richiedeva la declaratoria d’illegittimità della l. n. 94/2009, art. 1, comma 1, in quanto meramente interpretativa della nuova previsione circostanziale, nonché dell’art. 656, comma 9, lett. a), C.p.p., limitatamente alla parte in cui espressamente richiamava la norma oggetto del giudizio.

Sembra peraltro di notevole interesse il fatto che la Corte^{18[18]}, già in principio di motivazione, nel decidere sulle ragioni addotte dai giudici rimettenti, abbia voluto sottolineare, richiamando un proprio precedente del 2001^{19[19]}, che, in via generale, i diritti inviolabili spettano “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”, con ciò volendo ammonire come “la condizione giuridica dello straniero non [debba] essere pertanto considerata – per

^{18[18]} In riferimento alla citata decisione cfr. le osservazioni di T. CATANANTI, *I reati in materia di immigrazione dopo la l. n. 94/2009*, in *Associazione dei costituzionalisti*, 2010 e, se si vuole, F. BAIOLO, *L’immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l’aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giur. it.*, 2010, n. 12, 2503 ss.

^{19[19]} Il riferimento è a [Corte cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105](#), con osservazioni di G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell’immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, 1680 ss.; D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, ibidem, 2001, 1697 ss.

quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell’ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato” (al proposito cfr. il p. 4.1 del *Considerato in diritto*).

Da queste osservazioni, si è, quindi, dedotta l’illegittimità di trattamenti penali più severi “fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», e pertanto volti ad introdurre una responsabilità penale d’autore”. Qualsiasi limitazione di diritti fondamentali deve, dunque, secondo il giudice delle leggi, essere giustificata solo ed esclusivamente “in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante”, con la conseguenza che “la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell’art. 3 Cost., l’accertamento della sua non manifesta irragionevolezza” (al proposito cfr. il p. 4.1 del *Considerato in diritto*, cit.). D’altro canto, “comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscano 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”. La finalità di contrastare

l'immigrazione, nello specifico, alla base dell'aggravante in parola, “non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati”, ma anzi finisce “per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale” (al proposito cfr. il p. 5 del *Considerato in diritto*).

A rafforzare il convincimento circa l'illegittimità della norma denunciata, si è aggiunta la modifica introdotta dall'art. 1, comma 1, della predetta l. n. 94/2009, che, escludendo dal campo di applicazione dell'art. 61, n. 11-*bis*, C.p. i cittadini di Paesi membri dell'Unione europea, malgrado sussistano anche per simili soggetti ipotesi di soggiorno irregolare^{20[20]}, ha avvalorato l'ipotesi che l'aggravante censurata facesse leva prevalentemente “sullo *status* soggettivo del reo”. Prendendosi poi, in esame l'intero sistema sanzionatorio di riferimento, non si è potuto fare a meno di osservare che, se già prima, e, cioè, quando l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio erano considerati solo illeciti amministrativi, poteva denotarsi una sperequazione rispetto alla previsione di un incremento della sanzione, a carattere penale, prevista per il reato comune commesso dallo straniero, a maggior ragione lo squilibrio è risultato evidente con l'introduzione del reato di “clandestinità”. La compresenza

^{20[20]} Il riferimento è, in particolare, al d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, art. 21, comma 4, recante “Attuazione della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”.

dell'aggravante insieme all'autonoma fattispecie di reato hanno, infatti, portato a farsi sì che lo straniero extracomunitario venga punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisca una o più punizioni ulteriori "determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito", che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori, in palese contrasto con l'art. 3 Cost. (al proposito cfr. il p. 6 del *Considerato in diritto*). Contraddizione, questa, giudicata non risolvibile in via ermeneutica mediante il ricorso a figure idonee a scongiurare il *ne bis in idem* sostanziale, quale quella del reato complesso, reputato infatti inapplicabile all'ipotesi in esame^{21[21]}.

^{21[21]} Più nel dettaglio, la Corte costituzionale ha chiarito che nel nostro sistema italiano esistono tecniche di considerazione unitaria delle specifiche condotte "sia nel caso che una circostanza aggravante comune rappresenti un elemento essenziale del reato o ne costituisca una circostanza aggravante speciale (art. 61, prima parte, cod. pen.) [...] sia nell'ipotesi di reato complesso, che sussiste quando "la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato". Tuttavia, proprio l'ipotesi del reato complesso non poteva applicarsi al caso di specie, che riguardava una circostanza aggravante comune. Il reato comune commesso dallo straniero irregolare, infatti, non avrebbe potuto considerarsi complesso, e come tale capace di assorbire la violazione dell'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286/1998, che non concorre a delineare un reato aggravato tipico. E si è poi aggiunto, quasi come un monito, che "la costruzione di un reato complesso deve essere opera del legislatore, e non può quindi risultare dalla combinazione, in sede di applicazione giurisprudenziale, tra le singole figure criminose e le circostanze aggravanti comuni".

In questo quadro, la Corte, quasi “interferendo” con la motivazione volta, invece, a rigettare la questione di legittimità costituzionale dell’art. 10-bis del T.U. sull’immigrazione contenuta nella contestuale [sent. n. 250/2010](#), ha certamente mostrato di non ignorare un proprio ben noto e discusso precedente^{22[22]}, in cui era stato affermato che “la stessa fattispecie di indebito trattenimento nel territorio nazionale, che pur implica la specifica inosservanza di un provvedimento espulsivo individualizzato, si limita a sanzionare una condotta illecita e «prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili»”. Ma, pur riaffermando che “la violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori può essere penalmente sanzionata, per effetto di una scelta politica del legislatore non censurabile in sede di controllo di legittimità costituzionale”, ha, poi, però in maniera inedita sostenuto che non può introdursi “automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve essere frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive” (al proposito cfr. il p. 9 del *Considerato in diritto*). Per questa via, si è quindi giunti a rinvenire il contrasto della norma impugnata pure con l’art. 25, comma 2, Cost., e in particolare con il principio di offensività^{23[23]} ad esso sotteso, del tutto inconferente essendo,

^{22[22]} Il riferimento è a [Corte cost., sent. n. 22/2007](#), cit.

^{23[23]} Sul principio di offensività, in dottrina, cfr., *ex multis*, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI, (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Bari, 2006, 91 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in *L’indice pen.*, 2003, 147 ss.; F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.

d'altro canto, giudicata la previsione delle circostanze aggravanti della latitanza e della recidiva. Ritenuta invece assorbita la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 27, comma 3, Cost., la Corte ha finalmente accolto la questione di legittimità costituzionale consequenziale (art. 27 della l. n. 87/1953), sia dell'art. 1, comma 1, della l. n. 94/2009, reso ormai completamente privo dell'oggetto, sia dell'art. 656, comma 9, lett. a) C.p.p. relativamente all'inciso "per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-bis), del medesimo codice".

4. La "patente di legittimità" del reato di clandestinità: una motivazione "in due tempi".

Quanto al reato di clandestinità di cui all'art. 10-bis del T.U. sull'immigrazione, la Corte costituzionale, con la [sent. n. 250/2010](#)^{24[24]}, ha rigettato, invece, tutte le diverse questioni, che in gran parte, come già accennato, ricalcavano le osservazioni critiche già formulate dalla dottrina e dallo stesso Consiglio superiore della magistratura,

^{24[24]} In riferimento alla citata decisione cfr. le osservazioni di T. CATANANTI, *I reati in materia di immigrazione*, cit., e, se si vuole, F. BAILO, *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 2503 ss. Cfr. anche [Corte cost., ord. 8 luglio 2010, n. 252](#), che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis del T.U. sull'immigrazione per ragioni di ordine processuale e, nello specifico, per l'incompetenza del giudice *a quo* a decidere nel giudizio principale. Più recentemente cfr. anche [Id., ord. 11 novembre 2010, n. 321](#), di tenore analogo alla decisione in commento.

dichiarandole, in parte, manifestamente infondate, e, in parte, manifestamente inammissibili.

Relativamente alle censure afferenti alla stessa scelta del legislatore di criminalizzare la “clandestinità”, la Corte costituzionale ha riaffermato *de plano* il costante principio per cui “l’individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie” (al proposito cfr. il p. 5 del *Considerato in diritto*). Più nel dettaglio, si è, in primo luogo, sostenuto che non è stato vulnerato il principio di materialità e offensività di cui all’art. 25, comma 2, Cost., dal momento che il reato sospettato di legittimità costituzionale non incrimina un “modo d’essere della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti”. Posto che la condizione di clandestinità non costituisce “un dato preesistente ed estraneo al fatto”, bensì “la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita”, non potrebbe neppure riconoscersi la sussistenza di un “diritto penale d’autore”, di per sé inoffensivo, dal momento che il bene giuridico tutelato è chiaramente individuabile nell’interesse dello Stato “al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo” (al proposito cfr. i pp. 6.2 e 6.3 del *Considerato in diritto*), comune a buona parte delle norme incriminatrici presenti nel T.U.

sull'immigrazione^{25[25]}. Né la fattispecie potrebbe, come sostenuto dai giudici rimettenti, sussumersi nella categoria dei reati a “pericolo presunto”, non rispondente all’*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitrario, poiché la norma, similmente alla generalità delle norme incriminatrici, si limiterebbe “a reprimere la commissione di un fatto oggettivamente (e comunque) antigiuridico, offensivo di un interesse reputato meritevole di tutela”^{26[26]} (al proposito cfr. il p. 6.4 del *Considerato in diritto*).

Circa le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all’art. 3 Cost., la Corte ha rilevato come, ad essere punita, non sia “una condotta di vita”, ma soltanto l’inosservanza delle norme sull’ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato, la cui diversa gravità può essere apprezzata dal giudice in sede di commisurazione concreta della pena, nell’ambito della forbice edittale che, pur

^{25[25]} La Corte costituzionale, sul punto, ha poi peraltro meglio precisato che “il potere di disciplinare l’immigrazione rappresenta un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio” e che “Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa (com’era anteriormente all’entrata in vigore della legge n. 94 del 2009), rientra nell’ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell’intervento repressivo in materia”.

^{26[26]} A voler maggiormente precisare, si è poi tenuto a sottolineare che la scelta operata dal legislatore del 2009 è tutt’altro che isolata nel panorama internazionale, dal momento che analoghe previsioni, talora accompagnate da comminatorie di pena anche significativamente più severe, si ritrovano sia in paesi più vicini alle nostre tradizioni, quali la Francia e la Germania, sia in quelli più lontani da noi, come la Gran Bretagna.

essendo solo di tipo contravvenzionale e pecuniario, è sufficientemente ampia da rendere ammissibile per il legislatore “includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie distinte per struttura e disvalore, spettando in tali casi al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale” (al proposito cfr. il p. 7 del *Considerato in diritto*).

Per quanto concerne l’asserita violazione dei diritti inviolabili dell’uomo e del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., la giurisprudenza in commento ha chiarito che, a voler seguire la prospettazione del giudice rimettente, la ragione di illegittimità costituzionale “non risiederebbe nella scelta di configurare come reato l’inosservanza delle disposizioni sull’ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato – vale a dire nella sanzione – ma, più a monte, nello stesso precetto”, e quindi nelle regole – non oggetto però del giudizio di legittimità costituzionale – “che precludono o limitano l’ingresso o la permanenza degli stranieri (o, quantomeno, degli stranieri «indigenti») nel territorio dello Stato, a prescindere dal fatto che la violazione venga punita con la sanzione penale o con semplice sanzione amministrativa” (al proposito cfr. il p. 8 del *Considerato in diritto*). In ordine, più specificamente, al principio di solidarietà, si è poi ribadito, secondo quanto ormai costantemente sostenuto^{27[27]}, che “le ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in

^{27[27]} La Corte costituzionale ha, infatti, al proposito richiamato alcuni suoi precedenti sul punto: [Corte cost., sent. 16 maggio 2008, n. 148](#); [Id., ord. 31 ottobre 2007, n. 361](#); [Id., sent. 26 maggio 2006, n. 206](#).

funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri", al proposito il legislatore potendo fruire di un'ampia discrezionalità censurabile solo per il caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli.

La stessa lamentata doglianza di aver dato luogo, con la norma in questione, a una duplicazione del procedimento, già esistente in via amministrativa, dell'espulsione disposta dal prefetto ai sensi dell'art. 13, comma 2, del T.U. sull'immigrazione, pure riscontrata dalla stessa Corte costituzionale, non ha però dato luogo a un dispositivo d'accoglimento, sul presupposto che il legislatore, nella configurazione dell'art. 10-*bis* del T.U. sull'immigrazione "mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito «subordinato» rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente"^{28[28]}, ma anche perché, come l'esperienza attesta, "in un largo numero di casi non è possibile, per la pubblica

^{28[28]} Più nel dettaglio, la Corte costituzionale ha sottolineato che, a sostenere l'assunto sopra riferito, si attestano univocamente le circostanze per cui, "in deroga al generale disposto dell'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, lo straniero sottoposto a procedimento penale per il reato in questione possa essere espulso in via amministrativa senza il nulla osta dell'autorità giudiziaria; che, una volta avuta notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, il giudice debba pronunciare sentenza di non luogo a procedere (e ciò indipendentemente dallo stadio raggiunto dal procedimento penale, a differenza di quanto previsto dall'art. 13, comma 3-*quater*, del d.lgs. n. 286 del 1998); che, nel caso di condanna, la pena dell'ammenda – espressamente sottratta all'oblazione (art. 10-*bis*, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998) – possa essere sostituita dal giudice con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni (artt. 16, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274 del 2000)".

amministrazione, dare corso all'esecuzione dei provvedimenti espulsivi" (al proposito cfr. il p. 10 del *Considerato in diritto*). Così argomentando la Consulta è quindi arrivata persino a rintracciare una "*ratio*" dell'assetto normativo considerato, "nel diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi dal proprio territorio", a nulla rilevando la pur ammessa ridotta capacità dissuasiva della pena dell'ammenda, visto che l'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria rimane estraneo al sindacato di costituzionalità^{29[29]}.

Con riferimento, poi, ad un secondo gruppo di questioni che investivano specifici segmenti della disciplina del reato, si è, in primo luogo, chiarito che la mancata previsione della clausola "senza giustificato motivo", presente, invece, nell'art. 14, comma 5-ter, del T.U. sull'immigrazione^{30[30]}, sarebbe riconducibile al fatto che essa

^{29[29]} Anche l'asserita violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per la presunta contrarietà della norma censurata con la direttiva 2008/115/CE, è stata poi facilmente risolta nel senso dell'infondatezza osservandosi che il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non è ancora scaduto, rendendosi quindi non significativa ogni ulteriore indagine nel merito.

^{30[30]} Deve peraltro avvertirsi che la stessa clausola "senza giustificato" di cui all'art. 14, comma 5-ter, ora posta a *tertium comparationis* nel giudizio di ragionevolezza, non aveva mancato di suscitare critiche nella giurisprudenza di merito e di legittimità, che non aveva tardato a sollevare, sotto diversi profili, la relativa questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale. Al proposito cfr. [Corte cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 5](#), con osservazioni di E. GROSSO, «Ad impossibilia nemo tenetur»: *la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2004, 97 ss.; [Id., ord. 2 marzo 2004, n. 80](#); [Id., sent. 15 luglio 2004, n. 223](#), cit. *Ex multis*, cfr. poi ancora [Id., ord. 29 settembre 2004, n. 302](#); [Id., ord. 21 ottobre 2005, n. 395](#); [Id., ord. 21 novembre 2006, n. 386](#). e, da ultimo, [Id., ord. 17 febbraio 2008, n. 417](#). Con [Corte cost.,](#)

si iscrive nella specifica finalità dell'incriminazione in cui è prevista e nel quadro normativo su cui l'incriminazione stessa si innesta. Detta clausola, peraltro, non sarebbe "indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione, e particolarmente di quello oggetto dell'odierno scrutinio", in quanto "la mancanza della clausola non impedisce che le esimenti generali trovino comunque applicazione". Rispetto alla contravvenzione in esame, come la stessa Corte ha rilevato, "è, d'altra parte, rinvenibile un diverso strumento di «moderazione» dell'intervento sanzionatorio, non operante in rapporto alla fattispecie criminosa posta a confronto" (al proposito cfr. il p. 11.2 del *Considerato in diritto*), ossia quello dell'istituto della improcedibilità per particolare tenuità del fatto reso applicabile dall'attribuzione della competenza al giudice di pace (ex art. 34 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Una qualche maggiore puntualizzazione in ordine al rigetto di detta questione di legittimità, peraltro, è stata, seppur, indirettamente, fornita dalla stessa Corte costituzionale, con una successiva sentenza ([Corte cost., sent. 17 dicembre 2010, n. 359](#)), così da dar luogo, in un certo senso, e come del resto già accennato, a una motivazione "in due tempi".

[sent. 27 giugno 2008, n. 236](#), si segnala, infine, che la Corte costituzionale ha in sostanza ammonito i *giudici a quibus* a far buon uso della clausola in questione, sostenendo che, d'altra parte, "l'art. 385 cod. proc. pen. esclude in via generale l'arresto quando, tenuto conto delle circostanze, il fatto appare compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, ovvero in presenza di una causa di non punibilità: e la stessa regola non può non valere, *a fortiori*, quando si tratti, come nella specie, di elemento negativo interno allo stesso fatto tipico".

Essa è, infatti, tornata a pronunciarsi sul Testo unico sull'immigrazione, e più precisamente sull'art. 14, comma 5-*quater*, così come modificato dall'art. 1, comma 22, lett. *m*), della l. n. 94/2009, dichiarandolo illegittimo proprio nella parte in cui non disponeva che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*, “sia punita nel solo caso che abbia luogo «senza giustificato motivo»”. E, a giustificazione di questo ultimo dispositivo, ha tenuto a specificare che l'irragionevolezza della disposizione impugnata poteva facilmente desumersi dal raffronto con il comma 5-*ter* del medesimo articolo in quanto le due condotte incriminate erano, nella sostanza, le medesime, consistendo, allo stesso modo, nella permanenza nel territorio dello Stato da parte dello straniero al quale sia stato impartito dal questore l'ordine di allontanarsi, a nulla rilevando il fatto che l'omissione cui si riferiva la norma censurata facesse seguito ad altra omissione dello stesso genere^{31[31]}. In definitiva, le stesse ragioni, di natura sociale e umanitaria, che sostenevano la scelta del legislatore di prevedere la “clausola di salvezza” prima ricordata, si potevano benissimo

^{31[31]} Deve peraltro precisarsi che la Corte costituzionale si era già pronunciata, con l'[ord. 13 febbraio 2009, n. 41](#), sulla medesima questione oggetto del giudizio di legittimità della sentenza di cui *supra*, sostenendo però che “nell'un caso (art. 14, comma 5-*ter*) si è di fronte ad un comportamento di tipo omissivo, poiché lo straniero, raggiunto dalla intimazione del questore a lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni, non ottempera all'ordine; nell'altro caso (art. 14, comma 5-*quater*) lo straniero, già resosi inottemperante all'ordine di allontanamento del questore e successivamente espulso con accompagnamento coattivo alla frontiera, rientra illegalmente nel territorio dello Stato, vanificando gli effetti dell'attività amministrativa e giudiziale culminata con il suo allontanamento”. A seguito della novella di cui all'art. 1, comma 22, lett. *m*), della l. n. 94/2009, le due condotte incriminatrici, tuttavia, come già detto *supra* nel testo, sono divenute sostanzialmente analoghe e, conseguentemente, è stato reso giustificabile questo nuovo dispositivo.

attagliare al caso di cui all'art. 14 comma 5-*quater*. E, quasi a giustificare quello che poteva, solo in apparenza, sembrare un cambio di rotta rispetto a quanto sostenuto nella [sent. n. 250/2010](#), si è, infatti, voluto precisare che nella fattispecie di cui all'art. 10-*bis* del T.U. sull'immigrazione, al contrario, il principio di uguaglianza non imponeva l'inserimento della clausola, anche nella parte in cui si sanzionava la violazione del dovere di lasciare il territorio nazionale in assenza di un valido titolo di soggiorno, mancando “la dipendenza dell'obbligo da un ordine mirato ed individualizzato dell'Autorità, la cui inosservanza entro il termine indicato comporta un «netto salto di qualità nella risposta punitiva»”.

Tutte manifestamente inammissibili sono state, infine, ritenute le ulteriori questioni sollevate, le quali, tuttavia, contrariamente alla “patente di legittimità” conferita a quelle trattate nel merito, lasciano trasparire, a tratti, qualche ulteriore e diversa soluzione in possibili successive pronunce, nel caso fossero diversamente prospettate^{32[32]}. Il riferimento è, più precisamente, alla denunciata illegittimità della facoltà del giudice di sostituire, nel caso di condanna, la pena pecuniaria comminata con la misura dell'espulsione. La Corte costituzionale ha, infatti, al proposito

^{32[32]} Altri profili decisi nel senso della manifesta inammissibilità, al contrario, difficilmente sembra che possano prendere una diversa piega in eventuali giudizi successivi. Il riferimento è, in particolare, alla denunciata violazione dell'art. 24, comma 2, Cost. per la mancata previsione di una disciplina transitoria che salvaguardi gli stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato al momento dell'entrata in vigore della l. n. 94/2009, dal momento che la Corte costituzionale ha, al proposito, rilevato che la questione si risolveva nella “richiesta di una pronuncia additiva dai contenuti indefiniti e non costituzionalmente obbligati”. Il principio è stato, del resto, più recentemente ribadito in Corte cost., orrd. 11 novembre 2010, nn. [318](#) e [321](#).

sostenuto che “la lesione costituzionale denunciata non deriva, infatti, dalla disposizione impugnata, ma da norme distinte, non coinvolte nello scrutinio di costituzionalità: in specie, dall’art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui – a seguito della modifica operata dalla legge n. 94 del 2009 – estende l’applicabilità dell’espulsione come sanzione sostitutiva alla contravvenzione di cui all’art. 10-*bis* del medesimo decreto legislativo; nonché dalla disposizione correlata dell’art. 62-*bis* del d.lgs. n. 274 del 2000, in forza della quale – diversamente da quanto stabilito dal precedente art. 62 con riferimento alle sanzioni sostitutive previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – «nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all’art. 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286»^{33[33]} (al proposito cfr. il p. 12 del *Considerato in diritto*). E allo stesso modo, il denunciato contrasto con l’art. 3 Cost. del divieto della concessione della sospensione condizionale della pena “non scaturisce, infatti, neppure essa dall’art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, quanto piuttosto dalla nuova lettera *s-bis*) dell’art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 274 del 2000, che attribuisce la competenza per il reato in esame al giudice di pace, rendendo così operante il disposto dell’art. 60 del medesimo decreto legislativo: norme non sottoposte a scrutinio” (al proposito cfr. il p. 13 del

^{33[33]} Deve, peraltro, avvertirsi che alcune questioni di legittimità costituzionale erano state sollevate pressoché nei termini ora indicati dalla Corte costituzionale, ma sono state risolte nel senso della manifesta inammissibilità con [Corte cost., ord. 8 luglio 2010, n. 253](#); [Id., ord. 11 novembre 2010, n. 320](#); [Id. ord. 17 novembre 2010, n. 329](#); [Id., 26 novembre 2010, n. 349](#); [Id., ord. 5 gennaio 2011, n.6](#), per la carente descrizione della fattispecie e per la carente motivazione in punto di rilevanza.

Considerato in diritto). Così ancora la censurata violazione dell'art. 24, comma 2, Cost. per l'asserita introduzione di un obbligo di autodenuncia nei confronti del migrante, non deriverebbe, ad avviso della Corte "dalla norma incriminatrice recata dall'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, ma, semmai, secondo la prospettazione del rimettente, dal difettoso coordinamento di talune disposizioni "collaterali" (artt. 6, 35 e 38 del d.lgs. n. 286 del 1998): più in particolare, dalla mancata previsione, nel citato art. 38, di una esenzione dall'obbligo di segnalazione all'autorità del migrante irregolare da parte del personale scolastico, analoga a quella sancita dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 con riferimento al personale sanitario, che però non sono state coinvolte nell'impugnativa e che non sono venute in rilievo nel giudizio *a quo*^{34[34]}» (al proposito cfr. il p. 16 del *Considerato in diritto*).

5. Considerazioni finali.

Rapidamente concludendo questa prima lettura delle decisioni in parola, non può non avvertirsi qualche motivo di reciproca dissonanza, dal momento che, se la [sent. n. 250/2010](#) sembra aver dato una sorta di "patente di legittimità" al reato di clandestinità, salvo poi lasciare aperta l'ipotesi di nuove prospettive entro le quali poter individuare eventuali profili d'illegittimità (non però strettamente incidenti

^{34[34]} Finalmente, l'asserita illegittimità dell'art. 10-bis, comma 5, del T.U. sull'immigrazione per la violazione degli artt. 3 e 27 Cost., così come la denunciata mancata previsione di garanzie a favore dello straniero che presenti istanza di permanenza in Italia per gravi motivi connessi alla tutela di familiari minori, sono state dichiarate manifestamente inammissibili solo in virtù di profili processuali attinenti a un difetto di rilevanza.

sull'art. 10-*bis* del T.U. sull'immigrazione), la [sent. n. 249/2010](#), ha riaffermato l'inviolabilità e l'uguaglianza nei diritti di tutti gli uomini, e non solo dei cittadini, e, proseguendo nella motivazione, ha più volte rilevato, con un certo distacco, il *trend* di aggravamento sanzionatorio dato che la fattispecie assurta ora a illecito penale era stata in precedenza configurata come un mero illecito amministrativo, rimarcandosene, pur nella constatata discrezionalità legislativa, la non perfetta coerenza complessiva. E, da ultimo, la [sent. n. 359/2010](#) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un'altra disposizione del T.U. sull'immigrazione proprio perché ritenuta omogenea, nell'ambito di un giudizio di ragionevolezza, rispetto al medesimo *tertium comparationis* invece ritenuto eterogeneo se posto a confronto con l'art. 10-*bis* del T.U. sull'immigrazione, sentendo dunque la necessità di giustificare il più recente, e solo apparente, cambio di rotta.

Sembra, dunque, lecito non ritenere la partita completamente chiusa, visto che la legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* del T.U. sull'immigrazione, se appare maggiormente ferma nella [sent. n. 250/2010](#), soffre di qualche incertezza nella [sent. n. 249/2010](#) e, in un certo senso, proprio per l'esigenza di una motivazione “in due tempi”, si rende più debole nella [sent. n. 359/2010](#).
