

2

Gli stranieri

ISSN 1720-4402
numero **2.2010** anno **XVII**

Rassegna di studi e giurisprudenza



in questo numero

Giandonato Caggiano, Andrea Mondini,
Pierluigi Consorti, Adele del Guercio,
Chiara Gabrielli, Claudia Mazzucato,
Gabriele Marra, Massimiliano Vrenna,
Matteo Marchini, Michele Mariella, Martina Guidi

 Studio.
immigrazione

Rivista quadrimestrale

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale - 70% Viterbo Aut. CAVT/069/2010

numero 2.2010 anno XVII

Gli Stranieri

Rassegna di studi e giurisprudenza

Foto di copertina:

© Stefano Porta, *Voglia di integrazione*

menzione speciale Associazione Nazionale Funzionari di Polizia.

Dalla prima edizione del concorso fotografico nazionale

Identità e culture di una Italia multietnica

organizzato da Progetto ImmigrazioneOggi Onlus.

 Studio
immigrazione

Gli stranieri

Rassegna di studi e giurisprudenza
quadrimestrale

Comitato scientifico

Paolo Benvenuti, *Università Roma Tre*
Luciano Eusebi, *Università Cattolica del Sacro Cuore*
Gilda Ferrando, *Università di Genova*
Adriano Giovannelli, *Università di Genova*
Bruno Nascimbene, *Università di Milano*
Sandro Staiano, *Università di Napoli*

Direzione

Giandonato Caggiano, *Università Roma Tre*
Aristide Canepa, *Università di Genova*
Paolo Morozzo della Rocca, *Università di Urbino*

Fondatore e direttore responsabile

Raffaele Miele

Comitato di redazione

Roberta Bonini, Chiara Gabrielli, Matteo Marchini, Ilaria Ottaviano

Segreteria di redazione

Sabrina Manfredi
e-mail: redazione@glistranieri.it

Progetto grafico e impaginazione

Massimo Giacci

Redazione e amministrazione

Studio immigrazione sas
Via del Giglio, 3 - 01100 Viterbo
Tel. 0761 326685 - Fax 0761 290507
www.studioimmigrazione.it
e-mail: amministrazione@studioimmigrazione.it

Editore e proprietario della testata

Studio immigrazione sas

ISSN 1720-4402

Registrazione Tribunale di Viterbo, n. 406 del 20 marzo 1994

Gli articoli firmati esprimono il pensiero dell'Autore e non impegnano la Rivista.

Sommario

Articoli

Giandonato CAGGIANO La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani	7
Andrea MONDINI Lo “straniero” nel diritto tributario	33
Pierluigi CONSORTI Pacchetto sicurezza e matrimonio concordatario	59
Adele DEL GUERCIO Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell’Italia in materia di rispetto dei diritti umani	73
Chiara GABRIELLI L’ <i>opinio juris</i> del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dell’UNHCR sulle intercettazioni in mare	97

Rassegna di giurisprudenza annotata e commentata

Claudia MAZZUCATO Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma “lucidamente incoerente” <i>Nota alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2010, n. 250</i>	119
Gabriele MARRA Criminali “irregolari”, eguaglianza e diritto penale del fatto <i>Nota alla sentenza della Corte Costituzionale 8 luglio 2010, n. 249</i>	141

Massimiliano VRENNA

La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2010 sulla legge regionale toscana dell'immigrazione: prime considerazioni

Nota alla sentenza della Corte Costituzionale 22 luglio 2010, n. 269 157

Matteo MARCHINI

Il respingimento alla frontiera dello straniero privo del visto di reingresso

Nota alla sentenza del Tar Lazio, Sez. I quater, 4 giugno 2010 n. 15340 171

Michele MARIELLA

L'ostatività della condanna penale al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno

Nota alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2010 n. 3648 181

Martina GUIDI

Rinvio alla Corte di giustizia su questioni di compatibilità tra il diritto comunitario e una normativa nazionale concernente controlli nelle zone transfrontaliere

Nota alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue, 22 giugno 2010, Melki e Abdeli, cause riunite C-188/10 e C-189/10 189

Gli stranieri

Articoli

Claudia Mazzucato *

Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma “lucidamente incoerente”¹

NOTA alla sentenza della Corte Costituzionale del 5 luglio 2010, n. 250

SOMMARIO: 1. Le ordinanze di rimessione e le pronunce della Corte Costituzionale: una sintesi. – 2. Gli argomenti della Corte a sostegno della legittimità costituzionale dell’art. 10-*bis*². – 3. Gli accenni a profili di criticità e il suggerimento di soluzioni mitigatorie contenuti nella sentenza 250/2010. – 4. I persistenti dubbi intorno alla compatibilità del reato di ingresso e soggiorno illegale con i principi costituzionali. – 4.1. Diritto penale d’autore o diritto penale del fatto? – 4.2. Altri nodi problematici rilevanti: la manifesta irragionevolezza di una norma che divarica ‘sfera del dovere’ e ‘sfera del potere’. – 4.3. (Segue) Responsabilità penale *personale* e controllo di flussi migratori *collettivi*. – 4.4. (Segue) Il diritto penale simbolico-espressivo è incostituzionale. – 4.5. (Segue) Il finalismo rieducativo e la ‘frontiera’ normativa che ‘espelle’ ogni contatto con il destinatario del precetto (e della pena).

1. Con una serie di pronunciamenti – le sentenze nn. 249 e 250 e l’ordinanza n. 252³, tutte decise il 5 luglio 2010 –, la Consulta torna sulla spinosa e drammatica materia migratoria a valle degli ultimi (due) “pacchetti-sicurezza”⁴ e affronta il

* Ricercatore di diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Si ringrazia la dott. Lucia Della Torre, dottoranda di ricerca nell’Università Cattolica del Sacro Cuore, per la documentazione raccolta per la stesura del presente articolo.

² Art. 10-bis d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, aggiunto dall’art. 1, comma 16, lettera a), della l. 15 luglio 2009, n. 94 “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”.

³ Con l’ord. 252/2010, la Corte costituzionale respinge come inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Pesaro sulla base di un rilievo ‘tecnico’: il palese difetto di competenza del rimettente, essendo la fattispecie oggetto di censura devoluta al giudice di pace.

⁴ Il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, poi convertito con modifiche nella legge 24 luglio 2008, n. 125, recante “misure urgenti in materia di sicurezza pubblica” e la già citata l. 94/2009.

giudizio di legittimità costituzionale, rispettivamente, dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. e del reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10-*bis* del T.U.

Le due sentenze sono fra loro intrecciate e andrebbero attentamente analizzate *insieme*, anche se (o meglio: proprio perché) approdano a soluzioni ben diverse.

Con sentenza n. 249/2010⁵, infatti, il giudice costituzionale dichiara illegittimo l'art. 61 n. 11-*bis* c.p. per violazione degli artt. 3 e 25 secondo comma Cost. Le motivazioni attengono – in estrema sintesi – all'inaccettabilità discriminatoria di una “presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere” e “identifica un ‘tipo di autore’ assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento”, con evidente tradimento dell'idea garantistica di diritto penale *del fatto*. Nella pronuncia si rinvencono molti riferimenti e rinvii intra-sistemati al distinto reato di ingresso e soggiorno illegale: la Corte dà una lettura della norma sottoposta al suo sindacato (l'art. 61 n. 11-*bis*), affermando di non voler “ignorare il contesto normativo esistente al momento della sua pronuncia”, contesto “preso nel suo insieme” rispetto al quale “deve orientare il proprio giudizio”. E invero, l'illegittimità costituzionale di quella che gergalmente è stata soprannominata l'*aggravante* di ‘clandestinità’ deriva *anche* precisamente dalla vigenza del *reato* di ‘clandestinità’⁶. Nella pronuncia citata, la fattispecie contravvenzionale (art.

⁵ Su cui G. MARRA, in questa *Rivista*, 2/2010; cfr. anche, dello stesso A., *Il trattamento penale dell'immigrato irregolare al vaglio della Corte Costituzionale. Una decisione ragionevole a una norma irragionevole*, nota a C. cost., ord. 24 febbraio 2010, n. 66, in questa *Rivista*, 1/2010, p. 169 ss.

⁶ Si osservi che la Consulta (con ord. n. 277 del 19 ottobre 2009) aveva già in precedenza sottolineato la *correlazione* tra l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p. e il reato di ingresso e soggiorno illegali, ai fini del giudizio sul ‘sistema’ risultante da queste norme. Con l'ordinanza citata, la Corte aveva dichiarato l'amanifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-*bis*, ordinando la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, affinché questi ultimi potessero “procedere ad una rivalutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni medesime”: per la Corte, “la normativa sopravvenuta attiene ad un *profilo centrale dei percorsi argomentativi* seguiti dai giudici *a quibus* nel motivare la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, posto che le condotte riconducibili alla previsione censurata costituiscono ormai l'oggetto di un'autonoma incriminazione, e non la mera espressione di un illecito amministrativo”; “spetta ai rimettenti la valutazione del rilievo che possono assumere le descritte variazioni del quadro normativo di riferimento, sia in relazione alla disciplina codicistica della successione nel tempo di leggi penali, sia, e comunque, in rapporto al *mutato equilibrio tra i fattori* che questa Corte è chiamata a prendere in considerazione ai fini della propria decisione (ordinanza n. 398 del 2005)”; “in particolare è compito dei rimettenti, nel valutare la legittimità della previsione quale circostanza aggravante comune di ogni pregressa violazione delle norme in materia di immigrazione, procedere ad una *nuova ponderazione* del ruolo che, in tale prospettiva, deve assegnarsi al carattere amministrativo, o penalmente illecito, della violazione medesima a seguito delle modifiche nel

10-*bis* T.U.), insomma, in parte fonda e in parte fa risaltare l'incompatibilità della circostanza aggravante con il quadro costituzionale di riferimento. L'aggravante – sembrerebbe di capire – perde ogni aggancio costituzionale, non già (solo) *in sé* quale *circostanza*, bensì in rapporto e in virtù della compresenza di un illecito penale dal contenuto quasi identico che ne svela tutta l'odiosità illiberale.

D'altro canto, l'accoglimento delle eccezioni relative all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. (quasi scontato a fronte della vistosità del problema insito nella previsione già segnalata in modo pressante dagli studiosi, sorpresi e indignati di fronte a simile regresso della cultura civica e giuridica), offre però paradossalmente il destro per fondare il 'salvataggio' della nuova contravvenzione, pure drasticamente avvertata da una coraltà di limpide, univoche, voci scientifiche che la ritengono "dannosa"⁷. Non sorprende, quindi – anche se dispiace – che la Consulta, con la 'contigua' sentenza n. 250/2010, giunga a escludere la fondatezza di (e a dichiarare inammissibili) questioni di legittimità sollevate in ordine al reato previsto dall'art. 10-*bis* T.U.

Quasi fossero 'vasi comunicanti', la circostanza aggravante e la fattispecie contravvenzionale si compensano – e forse tristemente completano –, sì che la palese insostenibilità costituzionale della prima pare trovare più agio espressivo a fronte

frattempo apportate alla normativa concernente il controllo dell'immigrazione clandestina dalla l. n. 94/09" (corsivi nostri).

⁷ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, p. 129. Cfr., fra gli altri, P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, rispettivamente pp. 38 ss. e 85 ss.; A. CAPUTO, *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, p. 235 ss.; F. FERRARO, *Le modifiche in tema di reati e sanzioni connessi al fenomeno dell'immigrazione*, in F. RAMACCI – G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010, p. 99 ss.; G. FORTI, *Fiat experimentum legis in corpore vili. Le facili prede di un diritto penale "pauroso"*, in *Appunti di cultura e politica*, 5/2009; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo di autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2008, p. 101 ss.; M. GAMBARDILLA, *La condizione giuridica dell'immigrato. Normativa, dottrina, giurisprudenza*, in *Suppl. giust. Merito*, 2009, p. 104 ss.; G. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 1326 ss.; L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino 2009, p. 27 ss.; T. Padovani, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 14 ss.; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 8 ss. Per i profili processuali e i dubbi di legittimità inerenti alla giurisdizione, cfr. G. VARRASO, *Il nuovo rito a "presentazione immediata" dello straniero clandestino davanti al giudice di pace: verso un processo "virtuale"?*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss.

della ben più complessa – controversa, non pacifica – legittimità della seconda. Come in una sinistra aritmetica giuridica, il risultato – rispetto alla realtà empirica del fenomeno migratorio e alla vita dei migranti extracomunitari – non cambia, o cambia poco (e in peggio): il “trovarsi illegalmente nel territorio dello Stato”, da circostanza soggetta pur sempre a bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, diventa fattispecie autonoma, dando origine a un concorso di reati laddove il soggetto *in situazione* di illegalità (rispetto all’ingresso/al soggiorno sul territorio), si renda colpevole anche di un altro illecito penale.

Resta, pur sempre, importantissima la decisione n. 249/2010 della Consulta la quale ribadisce il rifiuto della ‘colpa d’autore’, cancellando così lo scempio giuridico rappresentato dall’art. 61 n. 11-*bis*. Come vedremo, rimane da meditare se quello stesso percorso argomentativo, in tema di *diritto penale del fatto*, che conduce all’ablazione integrale della norma circostanziale non sia calzante altresì per il reato di ingresso/trattenimento illegale.

Torniamo alla pronuncia che qui più direttamente ci occupa, cioè la sentenza n. 250/2010.

Essa sorge da due giudizi di legittimità promossi dal Giudice di pace di Lecco (sezione distaccata di Missaglia) e dal Giudice di pace di Torino.

Riassumendo, il Giudice di pace di Lecco lamenta la violazione degli artt. 3, 27 e 117 Cost., per i seguenti motivi: la mancata previsione – nell’art. 10-*bis* T.U. – del riferimento al “giustificato motivo” che compare invece nell’art. 14, comma 5-*ter* T.U., il che integrerebbe insieme una violazione del principio di colpevolezza e di uguaglianza; la disparità di trattamento conseguente agli effetti dell’espulsione amministrativa sulle condizioni di procedibilità della contravvenzione; il preteso contrasto con le previsioni della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, essendo – a giudizio del rimettente – la nuova criminalizzazione volta in sostanza a eludere le disposizioni comunitarie.

Anche il Giudice di pace di Torino solleva plurime questioni di illegittimità, con riferimento agli artt. 2, 3, 24, secondo comma, 25, secondo comma, e 97, primo comma, Cost. In estrema sintesi, la disciplina dell’ingresso e soggiorno illegali comporterebbe un indebito ‘livellamento’ di responsabilità in capo a soggetti che potrebbero recare, invece, condizioni di pericolosità sociale alquanto diversa; essa inoltre sarebbe irragionevole sul piano delle scelte sanzionatorie per l’esclusione della sospensione condizionale e per la facoltà di sostituzione della pena pecuniaria con la ben più afflittiva espulsione, sanzione cui possono soggiacere anche gli autori del più grave delitto di cui all’art. 14, comma 5-*ter* T.U. Numerosi sarebbero inoltre i profili di censura che attengono al diritto di difesa e, nella specie, al principio “*nemo tenetur se detegere*”: la mancanza di disposizioni transitorie atte a tutelare l’effettiva irretroattività del reato permanente di illegale trattenimento nel territorio dello Stato; l’esposizione (stante la regola-

mentazione attuale priva di idonee garanzie) al pericolo di vedere ‘scoperto’ il proprio status criminale di soggiornante illegale in occasione dell’accesso a prestazioni scolastiche obbligatorie, ex art. 35 T.U., o in occasione della richiesta di autorizzazione a permanere nel territorio per un periodo di tempo determinato “per gravi motivi” “connessi con lo sviluppo psicofisico” di un familiare di minore età, ai sensi dell’art. 31 T.U. Vi sarebbe poi violazione del principio di ragionevolezza e intralcio al buon andamento dei pubblici uffici (per la durata dei processi e/o i costi economici insostenibili) a motivo del sovrapporsi di diverse disposizioni e provvedimenti – amministrativi e penali – che convergono sulla medesima situazione di fatto, congegnando un sistema finalizzato solo all’ottenimento di una più facile e più rapida espulsione dello straniero. La mancata previsione dell’allontanamento volontario, secondo il giudice torinese, violerebbe inoltre le disposizioni della direttiva 2008/115/CE. Infine, il reato di nuovo conio si porrebbe in contrasto con l’art. 2 Cost. a fronte “dello stato di estrema indigenza in cui versa la quasi totalità degli immigrati clandestini”.

Di contro, la richiesta di inammissibilità e infondatezza delle questioni sollevate, avanzata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, si gioca sostanzialmente su tre argomenti: la discrezionalità del legislatore nelle scelte di criminalizzazione; l’applicabilità generale delle cause di non punibilità (cause di giustificazione, esimenti, ecc.) tale da escludere la rilevanza dell’apposita previsione del “giustificato motivo” nell’art. 10-*bis*; la (francamente singolare) idea dell’uguaglianza ‘applicativa’ della fattispecie penale censurata la quale – per l’appunto senza generare discriminazioni – fa sorgere la responsabilità penale in capo “tanto [a] una persona onesta che [a] un delinquente”, venendo la sanzione ‘equanimemente’ “comminata nei confronti di chi – onesto o delinquente – si trovi illecitamente nel territorio dello Stato”.

2. Seguiamo, a questo punto, sintetizzandolo, il ragionamento che conduce la Corte al giudizio di infondatezza e inammissibilità delle questioni riguardo all’illegittimità costituzionale del reato di ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato.

La motivazione traccia un *iter* argomentativo che affronta espressamente due distinti profili: dapprima la legittimità costituzionale della stessa scelta di criminalizzazione (da cui deriverebbe altrimenti l’integrale ablazione della fattispecie); poi i plurimi, singoli, aspetti di eventuale contrarietà a Costituzione di “specifiche articolazioni della disciplina sostanziale e processuale del reato in esame” (dai quali – ove fondati – discenderebbe un’illegittimità solo parziale).

Quanto al primo profilo, la Consulta si concentra, in progressione logica, sui principi di materialità, necessaria offensività, uguaglianza e sul giudizio di ra-

gionevolezza/non arbitrarietà delle decisioni del legislatore, escludendo via via con nettezza qualsiasi dubbio di compatibilità costituzionale.

Per la Corte, il reato previsto dall'art. 10-*bis non* integra un'ipotesi (incostituzionale) di *diritto penale d'autore*: la fattispecie, infatti, non "(...) penalizz[a] una mera 'condizione personale e sociale' – quella, cioè, di straniero 'clandestino' (o, più propriamente, 'irregolare') – della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto dell'incriminazione non è un 'modo di essere' della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative 'fare ingresso' e 'trattenersi' nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all'art. 1 della legge n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza). 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, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'aver commesso i reati stessi)".

Non un diritto penale d'autore inflitto ai poveri, dunque, ma neppure una fattispecie inoffensiva, rinvenendosi con chiarezza – a giudizio della Corte costituzionale – il bene giuridico protetto, legittimamente meritevole di protezione *penale* (ancorché definito bene giuridico "di categoria" e "strumentale", destinato cioè espressamente a fondare l'anticipazione della tutela rispetto a beni giuridici "finali"): si tratta, testualmente, dell' "interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo", interesse – si osservi – "la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria". Presidiare le frontiere, controllare l'immigrazione, proteggere il territorio sono infatti espressioni "essenzial[i] della sovranità dello Stato".

"Il controllo giuridico dell'immigrazione (...) comporta, d'altro canto, *necessariamente*⁸ la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime". Il giudice costituzionale sembrerebbe qui configurare persino un *obbligo* di tutela, mediante previsione di una qualche forma di illiceità, lasciando intendere che la discrezionalità del legislatore può semmai

⁸ Corsivo nostro.

appuntarsi sulla scelta – diacronicamente mutevole – del *tipo* di tutela (amministrativa o penale, o entrambe come nel sistema vigente) da apprestare via via ⁹.

La contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* T.U. non collide poi con l'art. 3 Cost. poiché, per il giudice delle leggi, essa non dipende da un giudizio (discriminatorio) di maggiore pericolosità del migrante, né sanziona una “condotta di vita” o dei “propositi” (leciti), bensì *solo* “l'inosservanza delle norme sull'ingresso e il soggiorno dello straniero”.

Quanto all'art. 2 Cost., poi, la Corte osserva come sia connaturato alla disciplina dell'immigrazione il bilanciamento delle “ragioni della solidarietà umana” con altri interessi che lo Stato deve (poter) proteggere: bilanciamento che si esprime da un lato attraverso i difficili equilibri cercati dalla disciplina in tema di diritto di asilo, protezione internazionale, soccorso, ricongiungimento familiare, divieti di espulsione e respingimento, ecc.; dall'altro nella regolazione degli ingressi, materia in cui il legislatore si può muovere con un’“ampia discrezionalità”, “il cui esercizio è sindacabile (...) solo nel caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli”.

Altrettanta discrezionalità avrebbe altresì il legislatore sul “piano di politica criminale e giudiziaria”, sul quale si gioca la partita dell'efficacia dell'intervento legislativo (anche in ordine al buon funzionamento dei pubblici uffici): un piano, questo, che la Corte afferma essere “di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità”, pur esprimendo qui qualche timida perplessità (come meglio diremo nel prossimo par.).

Sulla lamentata contrarietà dell'art. 10-*bis* alla direttiva 2008/115/CE, la Consulta risolve il problema (senza affrontare il merito), ricordando che il “termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non è ancora scaduto”, il che rende “poco significativo (...) l'ipotizzato contrasto con la disciplina comunitaria”. E comunque, rileva la Corte, altre norme – diverse da quella impugnata – dovrebbero per quel fine divenire oggetto di eccezione di costituzionalità.

Venendo ora alla seconda serie di profili affrontati (i “segmenti” specifici della disciplina), il giudice delle leggi motiva nel merito solo l'esclusione della contrarietà ai principi di colpevolezza, determinatezza e di uguaglianza/ragionevolezza della disposizione censurata relativamente al mancato riferimento, nell'art. 10-*bis*, al “giustificato motivo” (che vale invece come causa di non punibilità nella più grave ipotesi delittuosa di cui all'art. 16, comma 5-*ter* del medesimo Testo Unico).

⁹ “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”.

Il mancato riferimento al “giusto motivo” viene risolto ritenendo sufficiente – ai fini della conformità a determinatezza e colpevolezza – l’applicazione degli istituti di carattere generale. Pur riconoscendo che con “giustificato motivo” nell’art. 14, comma 5-*ter* (come già affermato da C. cost. sent. 5/2004), si intende *qualcosa di più* delle esimenti di portata generale, nondimeno la Consulta reputa – forse senza argomentare troppo a fondo e senza calarsi nella realtà empirica e applicativa dei reati in esame – che la clausola *non* “sia indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione”, posto che in sua assenza possono sempre operare, appunto, le esimenti generali e in particolare “lo stato di necessità” e “le cause di esclusione della colpevolezza, ivi compresa l’ignoranza inevitabile della legge penale”. Non vi è poi nessuna violazione del principio di uguaglianza, giusta la ritenuta diversità tra le due fattispecie esaminate che le rende “non equiparabil[i]. Ciò anche a motivo di un differente tenore repressivo che si esprime – fra le altre – nella possibilità che la contravvenzione di cui all’art. 10-*bis* si estingua per “particolare tenuità del fatto” grazie all’operatività dell’art. 34 d.lgs. 274/2000 (istituto estintivo del reato, di portata generale nell’ambito dei reati di competenza del giudice di pace).

Sono infine liquidate come “inammissibili” – senza entrare nel merito – le altre eccezioni concernenti il trattamento sanzionatorio e i profili processuali (ovvero: la facoltà del giudice di sostituire la pena pecuniaria con la più afflittiva espulsione; la previsione del non luogo a procedere in presenza dell’avvenuta espulsione amministrativa del cittadino extracomunitario; il diritto di difesa in relazione al principio “*nemo tenetur*”). Simili rilievi di incostituzionalità investono, secondo la Corte, un giudizio di legittimità di altre disposizioni “correlate”.

Del pari inammissibile è giudicata la relevantissima questione dell’assenza di una disciplina transitoria a tutela di chi incorre nel nuovo reato permanente di trattenimento sul territorio dello Stato: la questione eccepita “si risolve, infatti, nella richiesta di una sentenza additiva dai contenuti indefiniti e non costituzionalmente obbligati”, il che costringerebbe la Corte all’impraticabile fissazione di “(...) ‘un termine e una modalità operativa’ per consentire a detti stranieri di allontanarsi spontaneamente dall’Italia senza incorrere in responsabilità penale”, “(...) operazione che implica scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore”.

3. La sentenza n. 250/2010 è netta ed esplicita nell’escludere l’illegittimità costituzionale del reato di ingresso e permanenza illegale nel territorio dello Stato, ovviamente con riferimento ai (soli) profili eccepiti con le due ordinanze di remissione.

Nel giudizio costituzionale sull’art. 10-*bis* T.U., importante appare il rispetto

della discrezionalità del legislatore – verso cui la Corte ha sempre adottato un fermo *self-restraint*. Dalla lettura della motivazione, al contempo, traspare qualcosa di più che il solo fermarsi sulla soglia del limite insito nel sindacato di costituzionalità delle leggi ed emerge piuttosto una forte convinzione intorno alla legittimità della norma impugnata e alla correttezza della sua formulazione. Le soluzioni normative operate dalla l. 94/2009 con l'introduzione della contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, che tanto accese preoccupazioni hanno dischiuso in seno alla comunità scientifica, escono dunque rafforzate (paradossalmente anche per effetto dell'*altra* pronuncia, la n. 249/2010, sull'art. 61 n. 11-*bis*, che avrebbe potuto invece indirettamente indebolirle).

Non si può mancare di osservare che la sentenza qui commentata non contiene che sporadici accenni alle enormità e drammaticità del problema dell'immigrazione e del suo controllo, ambito in cui certamente quell'"ampia discrezionalità", pur goduta dal legislatore, non è cosa facile da realizzare e diviene cartina di tornasole della coerenza con i principi di fondo che animano una convivenza democratica, oltre che banco di prova dell'abilità tecnica di chi redige le leggi e realizza le politiche del diritto.

Eppure, altre decisioni del giudice costituzionale recavano, per esempio, un sofferto richiamo a simile complessità e un monito persino severo rivolto al legislatore (già ben prima che la disciplina delle migrazioni si complicasse ulteriormente per effetto dei due "pacchetti-sicurezza" del 2008 e 2009).

Si pensi, per esempio, a Corte cost. n. 22/2007¹⁰, là dove un passo, tanto citato quanto significativo, riconosce che quello migratorio è "un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione". In un altro frammento della medesima decisione si denuncia un "quadro normativo" che "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", al punto da auspicare "un sollecito intervento del legislatore", auspicio al quale la Corte – in quella circostanza – *non* si è sottratta in nome di una formalistica "rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale".

Proviamo allora a tornare sulla pronuncia in esame (Corte cost. 250/2010) in cerca di qualche spunto critico.

¹⁰ Che pure respinge le eccezioni di costituzionalità degli artt. 14 comma 5-*ter* e comma 5-*quinq*ues T.U., dichiarandole inammissibili.

Ve ne sono. Si tratta, da un canto, di semplici constatazioni di profili di disfunzionalità della fattispecie impugnata nel quadro dell'intera normativa migratoria, dall'altro del suggerimento di soluzioni e interpretazioni che mitigano il rigorismo repressivo del sistema risultante dalla l. 94/2009.

Con una serie di “è ben vero...” o “è pure difficilmente contestabile”, ci si avvede dell'effettiva e confusionaria proliferazione di fattispecie che sanzionano la medesima condotta, ora come illecito amministrativo, ora come illecito penale; si constata che “l'applicazione della sanzione penale” si configura quale “esito ‘subordinato’ rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente”; si ammette la “ridotta capacità dissuasiva dell'ammenda”, “a fronte della condizione di insolvibilità in cui assai spesso (ma, comunque, non indefettibilmente) versa il migrante irregolare e della difficoltà di convertire la pena rimasta ineseguita in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 del d.lgs. n. 274 del 2000), stante la problematica compatibilità di tali misure con la situazione personale del condannato, spesso privo di fissa dimora e che, comunque, non può risiedere legalmente in Italia”¹¹; ci si arrende, infine, al rischio che anche sul piano del “rapporto tra costi e benefici (...)”, il reato di nuovo conio risulterà “largamente deficitario”.

Più interessanti sono i suggerimenti interpretativi e applicativi.

Primo fra tutti, l'interpretazione dell'art. 10-*bis* conforme a colpevolezza: “fuori discussione” (non poteva, del resto, essere altrimenti) è l'applicazione di tutte le cause di non punibilità pertinenti, fra le quali campeggia – con un peso pratico non banale – l'esplicito richiamo del giudice costituzionale all'“l'ignoranza inevitabile della legge penale (...), quale risultante a seguito della sentenza n. 364 del 1988 di questa Corte, cui fa specifico riferimento il rimettente allorché evoca, in chiave critica, le situazioni dello straniero che non comprenda la lingua italiana o che entri in contatto per la prima volta con l'ordinamento giuridico nazionale”. Simile richiamo finisce per ‘assorbire’ (seppure in modo attenuato) il ruolo garantistico svolto (nel solo art. 14, comma 5-*ter* T.U.) dal riferimento (ivi) espresso al “giustificato motivo”, con l'effetto di sfumare l'applicabilità del reato di ingresso e soggiorno illegale almeno nelle ipotesi in cui lo straniero versa nella materiale *impossibilità* di adempiere al precetto normativo. Ciò rileva, a giudizio del giudice costituzionale, specialmente nel caso “(...) dell'illecito tratti-

¹¹ Si osservi che, sul punto, il giudice costituzionale sembra fare culturalmente un passo indietro rispetto all'orientamento già espresso da Corte cost. 78/2007 in tema (affine) di misure alternative: “il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato (...), di per sé, non è univocamente sintomatico né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima”.

mento”, dove “rimane, altresì, operante il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie”. Ne consegue che “l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude (...) la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione”¹².

La Corte suggerisce infine di ricorrere all'“istituto dell'esclusione della procedibilità per ‘particolare tenuità del fatto’, previsto dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000”: “strumento di moderazione”, lo definisce la sentenza, che, “in presenza delle condizioni stabilite (...), potrà valere a sottrarre a pena¹³ le irregolarità di più ridotto significato”. Che l'applicabilità di tale istituto fosse pacifica è del pari ‘fuori discussione’: nondimeno, è significativa simile ‘raccomandazione’ proveniente dalla Corte costituzionale che dovrebbe, come minimo, evitare che questa definizione anticipata e mite del procedimento rimanga lettera morta per i migranti extracomunitari. L'inserzione del reato di cui all'art. 10-*bis* tra quelli di competenza del giudice di pace pone, infatti, non pochi problemi di ‘compatibilità’ con un sistema conciliativo (pensato *ab origine* per tutt'altre ipotesi), sintomi anch'essi di *altri* dubbi di legittimità costituzionale che rimangono, allo stato, irrisolti. L'indicazione è benvenuta; il ‘patrocinio’ della Consulta nobilita e rinforza una soluzione che rimarrebbe altrimenti trascurata: ma la Corte omette di spiegare come accertare la “particolare tenuità del fatto”, il quale consiste in una condotta generatrice di uno *status* soggettivo difficilmente graduabile (o c'è o non c'è, e se sussiste è “insito” nel colpevole¹⁴) e causatrice di un danno praticamente ‘inafferrabile’. Senza contare, i dilemmi concernenti la valutazione delle “esigenze” risocializzative (lavoro, studio ecc.) di chi non ha titolo di soggiorno, dilemmi che mandano in cortocircuito il principio di non contraddizione e l'idea di antigiuridicità.

¹² Prosegue la sentenza in commento: “Ne consegue che, per questo verso, un insieme di situazioni, rilevanti come «giustificato motivo» in rapporto al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, ben possono venire in considerazione anche ai fini di escludere la configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 (si pensi, ad esempio, alla indisponibilità, da parte dello straniero, per cause indipendenti dalla sua volontà, dei documenti necessari al fine di lasciare legalmente il territorio nazionale)”.

¹³ E dunque anche all'espulsione, come misura *penale*. Resta da capire che ne sarà, nella specie, dell'espulsione amministrativa, anche al fine di evitare un'insanabile contraddizione interna all'ordinamento giuridico che si troverebbe ad espellere amministrativamente un soggetto per cui il giudice (penale) ha ritenuto particolarmente tenue il (più grave) illecito penale in relazione, fra le altre, a esigenze “di lavoro, di studio, di famiglia, di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato” (art. 34 d.lgs. 274/2000).

¹⁴ Così, illuminante, M. DONINI, *op. cit.*, p. 127.

4. Il pronunciamento della Corte costituzionale sul reato di ingresso e permanenza illegale nel territorio dello Stato esaurisce i dubbi intorno alla conformità della disposizione impugnata ai principi della carta fondamentale e della cultura giuridica liberale-democratica?

Occorre certamente meditare con onestà intellettuale sui percorsi argomentativi scelti dalla Consulta: troppo facile sarebbe farsi trascinare dalla ‘passione civile’ suscitata dalle tragiche vicende migratorie, quali quelle magnificamente descritte nel film *Welcome*¹⁵, e trovarsi in disaccordo con una decisione che lascia costituzionalmente intatto il controverso reato ‘di clandestinità’.

La materia è complessa, difficile ne è una saggia regolazione; diversi, confliggenti e contraddittori sono invero gli interessi in gioco, relevantissimi e di alto rango i beni e diritti umani che possono finire dimenticati. Lo Stato ha certamente il compito di regolare l’immigrazione (e anzi: una regolazione ‘giusta’, equilibrata e razionale andrebbe anche a tutela delle persone migranti), resta da capire se può (o deve) farlo attraverso il diritto penale, il diritto (penale) amministrativo, con le modalità aggressive e farraginose oggi vigenti e mediante una disciplina dell’ingresso e del soggiorno quale quella fissata dall’attuale Testo Unico.

Lo stesso Presidente della Repubblica, in una significativa nota indirizzata al Governo all’indomani della promulgazione della l. 94/2009, non ha potuto fare a meno di stigmatizzare “previsioni (...) di rilevante criticità”, meritevoli di “rinnovata riflessione che consenta di approfondire la loro coerenza con i principi dell’ordinamento e di superare futuri o già evidenziati equivoci interpretativi e problemi applicativi” e di esprimere preoccupazione per l’“irragionevolezza e [l’]insostenibilità” dell’intero provvedimento legislativo e, nella specie, per il “reato di immigrazione clandestina”¹⁶.

Nelle ultime battute di questo scritto, ripercorreremo il più importante fra i persistenti dubbi di costituzionalità rimasto non adeguatamente sviscerato dalla sentenza Corte cost. n. 250/2010 (anche a causa di certi limiti contenuti nelle ordinanze di rimessione), nonostante sia stato discusso nelle sedi scientifiche con una rara monoliticità e identità di vedute, capace di accomunare e trovare d’accordo costituzionalisti, civilisti, penalisti, processualisti.

¹⁵ *Welcome* di P. LIORET, Produzione Francia, 2009. La storia racconta la triste avventura di un giovane immigrato irregolare curdo che tenta, invano, di attraversare la Manica a nuoto per raggiungere la fidanzata a Londra. L’ospitalità, l’aiuto materiale e l’assoluta ‘legalità’ del contesto in cui lo colloca l’amicizia con un istruttore di nuoto a Calais a nulla valgono per regolarizzare la sua posizione e rendere così possibile il ricongiungimento con i propri affetti – senza il sacrificio della vita.

¹⁶ Lettera del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano al Presidente Silvio Berlusconi e ai Ministri Alfano e Maroni in occasione della promulgazione della l. 94/2009, 17 luglio 2009, reperibile in *Guida al dir.*, 34/2009, p. 27 ss.

Affronteremo in conclusione *altre* problematiche sfaccettature della norma in esame.

4.1. La decisione qui commentata esclude – forse davvero un po’ troppo rapidamente e con eccessiva confidenza – l’aspetto su cui la dottrina si è invece lungamente spesa per segnalare la preoccupante distanza tra il reato ‘di polizia’ di cui all’art. 10-*bis* T.U. e la tradizione garantistica del “volto costituzionale” del diritto penale: il rischio – se non la certezza – che la contravvenzione criminalizzi un ‘tipo d’autore’ anziché un fatto materiale concretamente offensivo. Qui si annida l’insidia che ragioni di “sicurezza” pubblica portino a trascurare diritti fondamentali della persona umana.

Per la Corte costituzionale (sent. n. 250/2010), l’art. 10-*bis* contempla una ‘pacifica’ ipotesi di diritto penale *del fatto*: l’entrare e il trattenersi sono comportamenti materiali. E la qualifica di “clandestinità” investe il disvalore del fatto stesso. Nessun diritto penale d’autore, parrebbe.

Ma forse il problema è più complesso. Lo discerne e lo spiega Donini¹⁷, secondo cui questa – e altre previsioni legislative affini in tema di immigrazione – rappresenta un *nuovo* diritto penale d’autore in cui “il *fatto* c’è, ma è sintomo di un giudizio sull’autore” che a sua volta realizza un’intollerabile discriminazione “per provenienza geopolitica”: “non si vuole la commissione del fatto, perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile”. È il reo, con le sue caratteristiche e la sua identità scomoda, a portare *addosso*, ‘cucito’ come un abito, l’elemento caratterizzante il disvalore della condotta (di per sé lecita, e neutra, ove posta in essere dal cittadino o – forse ancora per poco – dallo straniero comunitario).

Il soggetto nei cui confronti si realizzano le condizioni descritte dall’art. 10-*bis*, si “trova” (questa è fra l’altro la formula dell’art. 61 n. 11-*bis*), ‘è cioè, in una *situazione* in cui la sua condotta (ingresso, trattenimento senza valido titolo di soggiorno) fa sorgere uno *status* penalmente rilevante, sostanzialmente irrimediabile, se non (auto)espellendosi dal territorio.

Si sovverte così, uno dei primi e più importanti conseguimenti garantistici del diritto penale democratico-costituzionale, insieme addirittura alla struttura stessa del “rapporto con l’altro” alla luce della Costituzione”: mai tale rapporto può partire e costruirsi attorno a un pre-giudizio negativo, dal quale far dipendere conseguenze in termini di ritorsione¹⁸. A ragionare diversamente, si apre la vita

¹⁷ M. DONINI, *op. cit.*, p. 118 ss.

¹⁸ L. EUSEBI, *Il rapporto con l’«altro» alla luce della Costituzione. I riflessi sulle problematiche del «fine vita» e l’«incostituzionalità» di ogni configurazione dell’«altro» come nemico*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Cattolica S.C. (Piacenza), n. 2/2010, p. 29 ss.

per uno svilimento radicale della cultura giuridica e della qualità civica dei rapporti tra le persone.

4.2. In una materia in cui la presenza del diritto penale è già massiccia, si è introdotta la fattispecie del reato di immigrazione ‘clandestina’ che – largamente e confusamente sovrapponendosi alla disciplina repressiva già in vigore – giunge a coprire *ogni* spazio di residuale non criminalizzazione della vita del migrante privo di titolo valido di soggiorno (e non rientrante nelle condizioni per ottenere asilo o protezione)¹⁹. Il diritto penale avvolge tutta la vicenda migratoria di uno straniero extracomunitario, dal momento in cui – letteralmente – lambisce i confini dello stato o vi ‘mette piede’, fino - anzi *oltre* – l’espulsione, sussistendo plurimi divieti di ritorno nel territorio, sanciti dal Testo Unico.

Il *diritto* all’ingresso e al soggiorno nel territorio dello Stato non è costituzionalizzato, né internazionalmente riconosciuto. Qualcuno potrebbe dedurne che l’art. 10-*bis* T.U. è norma sanzionatoria del mero movimento del cittadino extracomunitario verso e dentro il territorio italiano. Questa, invero, è la *reale* portata della fattispecie di ingresso/soggiorno irregolare, tutta protesa *ex ante* a costituire una barriera all’ingresso e a favorire *ex post* l’espulsione.

Ma la formulazione della norma, da interpretare in senso tassativo, impone un’altra conclusione: il reato sussiste quando “salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero fa[ccia] ingresso ovvero si tratt[enga] nel territorio dello Stato, *in violazione delle disposizioni del presente Testo Unico nonché di quelle di cui all’art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68*, è punito (...)”. Il punto è tanto ovvio quanto decisivo²⁰.

Una norma viene posta affinché sia rispettata. Domandiamoci allora quale è il comportamento richiesto, atteso, da disposizione. La fattispecie contravvenzionale introdotta con l. 94/2009 sta tutta dentro la disobbedienza delle norme sull’ingresso e il soggiorno legali. La norma va letta *insieme* alle disposizioni del Titolo II del T.U. relative, appunto, all’ingresso e al soggiorno: sono la ‘filigrana’ di cui è costituita la fattispecie.

Simile riferimento ci permette un rovesciamento di prospettiva, uno spostamento del punto di osservazione dall’epilogo dell’espulsione al presupposto della legalità / conformità della presenza.

Da questa prospettiva, si intravede un nodo dimenticato del problema: – ad avviso di chi scrive – un ulteriore ‘colpo al cuore’ dell’art. 10-*bis.*, che si aggiunge

¹⁹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali...*, cit, p. 129 ss.; G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2009, p. 59 ss.

²⁰ Così, anche RENOLDI, *op. cit.*, p. 42 ss.;

alle altre illuminanti considerazioni dottrinali sul diritto penale del nemico, l'irragionevole trattamento sanzionatorio, ecc.

Il precetto contenuto nell'art. 10-*bis* non può essere e non è, come tutto l'impianto retorico-espressivo del Testo Unico lascerebbe invece credere, il "restare a casa propria", cioè il *non* fare ingresso e *non* soggiornare *tour court* nel territorio dello Stato. La disposizione non sancisce la normalità di un divieto di ingresso e soggiorno che suona francamente alquanto sinistra se accostata ai principi e ai diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost e dall'adesione dell'Italia ai principali strumenti di tutela dei diritti umani.

Il precetto contiene piuttosto la richiesta di fare ingresso e/o trattenersi *in conformità alla legge*.

È qui che la norma tradisce la sua manifesta irragionevolezza e la sua contrarietà agli artt. 2, 3, 27 commi uno e tre Cost. La (fattuale) *impossibilità* del soggetto di rendere legale, lecita e regolare la sua posizione, per cause a lui neppure colposamente imputabili. "La rete normativa ha messo ormai *tutti nell'illegalità*"²¹: ecco cosa fa cadere fuori dall'assetto costituzionale la norma in discussione, collocandola agli antipodi del sistema giuridico di uno Stato di diritto (*oltre* ai noti rilievi già espressi unanimemente dalla dottrina); ecco ciò che ne svela l'irragionevolezza, la natura discriminatoria e la contrarietà ai principi di colpevolezza e finalismo rieducativo della pena.

La gran parte dei migranti presenti o in procinto di entrare nel nostro Paese non sono *desiderosi né vogliono* la clandestinità. Al contrario, essi potrebbero persino ardentemente desiderare la regolarità della posizione e prodigarsi per ottenerla, ma il risultato potrebbe essere loro precluso (salvo rarissime situazioni) dagli attuali vincoli strettissimi sulle condizioni per il rilascio del titolo di soggiorno²². Condizioni concernenti il lavoro, il reddito, l'idoneità dell'alloggio, per esempio, che non dipendono dalla *sola* volontà *conforme* del destinatario del precetto, bensì dal convergere di una pluralità – talvolta fortuita e non legata al merito – di concomitanze. "Il 'netto discrimine' tra immigrati *regolari* e immigrati *irregolari* si è tradotto – secondo la condivisibile analisi di Angelo Caputo – in una straordinaria, ma unidirezionale, rigidità della normativa sulla condizione dello straniero *irregolare*, cui è sempre precluso il passaggio alla condizione di regolarità; al contrario, la strada che conduce dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità è ben facilmente percorribile, data la difficoltà per il migrante di conservare le condizioni necessarie al rinnovo di titoli abilitativi

²¹ M. DONINI, *op. cit.*, p. 130.

²² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Inspellibilità e regolarizzazione dello straniero presente sul territorio nazionale*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, p. 45 ss..

del soggiorno”²³. “La legge – questa la terribile constatazione di Donini – è sopportabile solo se viene disapplicata”²⁴.

La “sfera del dovere”, insomma, non coincide con la “sfera del potere”. Viene scambiato per “antagonismo verso la legalità” da punire penalmente (Corte cost. n. 249/2010), un’impossibilità di corrispondere al precetto che può persino rilevare sul piano giuridico, ma certamente *non* in sede penale, e ancorché – come acutamente osservato – ci troviamo a una “regola che diviene eccezione e inganno tra assurdità logiche e impraticabilità burocratiche”²⁵.

Ripercorriamo gli insegnamenti elargiti dalla Corte costituzione con la sentenza n. 364/1988, sostituendo il concetto di “conoscibilità” della legge penale con quello – qui pertinente – di “possibilità di rispettare il contenuto del precetto”, per verificare la tenuta delle considerazioni che precedono. Afferma la Corte “Se l’obbligo giuridico si distingue dalla ‘soggezione’ perché, a differenza di quest’ultima, richiama la partecipazione volitiva del singolo alla sua realizzazione, far sorgere l’obbligo d’osservanza delle leggi (delle ‘singole’, particolari leggi) penali, in testa ad un determinato soggetto, senza la benché minima possibilità, da parte del soggetto stesso, [*di poterne rispettare il contenuto, regolarizzando la propria permanenza/il proprio ingresso*] e subordinare la sua violazione soltanto ai requisiti ‘subiettivi’ attinenti al fatto di reato, equivale da una parte a ridurre notevolmente valore e significato di questi ultimi e, d’altra parte, a strumentalizzare la persona umana a fini di pura deterrenza”.

Chi scrive ritiene che l’art. 10-*bis* dovrebbe essere dichiarato costituzionalmente illegittimo: accanto alle macroscopiche ragioni che riempino la letteratura sul punto, si consenta di aggiungerne un’altra, eventualmente anche solo di illegittimità parziale, (almeno) per la parte in cui l’art. 10-*bis* non esclude dall’illiceità l’impossibilità della regolarizzazione per cause non signoreggiabili dal destinatario del precetto.

La norma contiene altrimenti un drastico capovolgimento della funzione del diritto contrasta, perché estromette dalla legalità anche chi ha un atteggiamento ad essa conforme.

4.3. L’impossibilità a corrispondere all’aspettativa di un ingresso e soggiorno ‘regolari’, ci pone al cospetto di un’ulteriore riflessione intorno alla delicatezza del ricorso al diritto penale nel controllo dell’immigrazione. Il diritto penale è

²³ A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Obiettivo. Immigrazione, politiche del diritto, qualità della democrazia*, *Quest. Giust.*, 1/2009, p. 84 (corsivi nel testo).

²⁴ M. DONINI, *op. cit.*, p. 130

²⁵ Così V. FERRARIS, *L’obbligata illegalità: l’impervio cammino verso un permesso di soggiorno*, in *Studi Quest. Crim.*, III, 3/2008, p. 25 ss.

il regno giuridico della responsabilità *individuale e personale*, nel senso chiarito dalla stessa Corte costituzionale con l'epocale sentenza n. 364/1998. I fenomeni migratori sono fenomeni di massa. Ecco allora l'ennesimo profilo problematico contro cui si infrange la costituzionalità dell'art. 10-*bis* T.U.: dottrina, giudici di merito e persino la nostra sentenza 250/2010 si affannano, rispettivamente, a reclamare o rinvenire i coefficienti di colpevolezza per l'imputazione soggettiva della contravvenzione.

La questione consiste nel fatto che qui, nel mezzo del diritto penale, si gioca in verità una partita in cui contano la moltitudine, la globalità e la globalizzazione. Il *numero* dei migranti extracomunitari (e non solo, ormai) è 'il' problema. E la (pretesa) offensività - cioè il disordine sociale - procurato dalle condotte di trasferimento verso o di soggiorno nel territorio dello Stato italiano scaturisce da questa moltitudine, niente affatto dalla condotta dell'individuo *singolarmente* considerato.

Il diritto penale, con i suoi criteri di imputazione personale, colpisce però il singolo migrante irregolare, *teoricamente* sulla scorta di un fatto proprio colpevole. Ma qui, il coefficiente di rimproverabilità soggettiva, a voler essere rigorosi, - per il fatto *proprio e colpevole* - è davvero minimo ed evanescente (fino a sconfinare nella mera coscienza e volontà della condotta). L'individuo viene chiamato a rispondere (del reato di soggiorno/ingresso irregolare) per un fenomeno *collettivo* a lui non rimproverabile di cui sono responsabili conflitti, politiche, economie, disastri naturali e vicende storiche su scala planetaria, un fenomeno sul quale egli può incidere limitatamente alla sua sfera privata (la sua persona, al più - ma è già discutibile in assenza di un obbligo giuridico di impedimento della migrazione altrui - il suo entourage familiare).

Il fatto che 'non ci sia posto' regolare per tutti può avere un qualche peso sul piano di una politica del diritto complessiva (che includa interventi educativi, sociali, di cooperazione che riducano la propensione alla migrazione), ma *non* può diventare fondamento per un reato in cui, in violazione di principi costituzionali, si addossa al singolo in termini di rimproverabilità per fatto proprio colpevole, l'effetto negativo di vicende lo trascendono.

Se è innegabile che lo Stato può (deve) far qualcosa per arginare le migrazioni incontrollate, il vero nodo della questione - ancora una volta - è individuare lo strumento corretto: il diritto penale non pare un buon candidato, a meno di non violare il principio di colpevolezza, *strumentalizzando* apertamente le persone e punendole per eventi lesivi solo in minima parte a loro effettivamente attribuibili e rimproverabili. Potrebbero invece rivelarsi utili ed efficaci eventuali adeguati progetti di cooperazione allo sviluppo, idonee campagne di comunicazione sulla effettiva condizione dello straniero nel nostro Paese, accordi diplomatici con gli Stati di provenienza, ecc.

4.4. L'uguaglianza è un "principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura"²⁶. Nell'ambito del controllo di ragionevolezza che deriva dall'art. 3 Cost. rientra il controllo sull'adeguatezza, razionalità, non arbitrarietà delle scelte del legislatore che si risolverebbero altrimenti in soluzioni, appunto, 'discriminatorie' e 'diseguali'. La ragionevolezza impone al legislatore – e al legislatore penale *in primis* – di dare conto delle proprie decisioni e documentare razionalmente (anche ai fini del sindacato del giudice delle leggi) l'idoneità almeno astratta e l'efficacia almeno potenziale di una certa scelta di penalizzazione a governare il fenomeno che la norma intende prevenire (o contenere). Ciò è altresì richiesto dalla natura 'relativa', 'orientata alle conseguente' (cioè mossa da scopi di 'utilità' concretamente controllabili ed empiricamente verificabili), cifra stessa del diritto penale costituzionalmente fondato sui principi di legalità, colpevolezza e finalismo rieducativo della pena.

Osserva Gabrio Forti: "spesso si dimentica, nel variegato frastuono dei richiami all'ordine e alla 'legalità' che si sentono echeggiare nel nostro paese, quanto la fiducia nel rispetto delle regole (così essenziale per la "felicità" delle cittadinanze) debba essere innanzi tutto preparata e costruita dallo stesso legislatore con un'attenta ponderazione dei precetti da introdurre nell'ordinamento. Precetti che dovrebbero essere credibili ed effettivamente applicabili grazie alle risorse di concreto *enforcement* che il sistema istituzionale abbia preventivamente messo a disposizione della magistratura e della pubblica amministrazione"²⁷, oltre che grazie alla scelte conformi degli stessi destinatari delle norme.

L'intervento del diritto penale esige dunque ponderazione, *a fortiori* quando la fattispecie può colpire – come in questo caso – soggetti *vulnerabili* (perché stranieri, irregolari, spesso poveri, non comprendenti la lingua parlata nel luogo in cui si trovano, ecc.).

Si dà il caso, inoltre, che la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* T.U. risulti in sostanza inapplicabile²⁸: per la sua capacità di propagazione all'intera esistenza delle persona irregolare soggiornante, per la numerosità dei soggetti che dovrebbe punire, per i costi e i tempi 'epici' di una sua 'certa' e capillare applicazione. È impensabile che le agenzie del controllo sociale possano 'prendere sul serio' la disposizione. Siamo di fronte a un tipico esempio di diritto penale espressivo o simbolico²⁹, votato a compiti di assicurazione della popolazione *non interessata* direttamente dalla previsione punitiva e agitata invece da istanze punitive e domande di sicurezza spesso emotive, irrazionali, infondate.

²⁶ Così, Corte cost. sent. n. 25/1966.

²⁷ G. FORTI, *op. cit.*

²⁸ Di inidoneità e inadeguatezza allo scopo parla G. MARRA, *Il trattamento penale...*, cit., p. 126.

²⁹ *Ex plurimis*, L. MASERA, *op. cit.*, p. 30 ss.

Il diritto penale espressivo o simbolico non è conforme a Costituzione.

Esso divincola e scioglie l'arma più appuntita e stigmatizzante nelle mani dello Stato *proprio* dal controllo di ragionevolezza imposto dall'orientamento costituzionale alle conseguenze.

Si sa in anticipo che *non serve* a prevenire (e a proteggere).

Il reato di ingresso/trattenimento illegale appare manifestamente irragionevole (anche) a motivo della sua impraticabilità, dalla quale discende una selettività arbitraria dei soggetti da destinare alla criminalizzazione in concreto³⁰. Pochi altri reati si accertano in modo tanto (apparentemente) semplice³¹: basta un'identificazione, a riprova che l'illecito penale è qui 'cucito addosso' al suo autore; pochi altri reati aprono spazi tanto elementari di controllo sociale con incomparabili effetti intimidativi (ma, per assurdo, incapaci di prevenire la condotta punita, come subito vedremo): basta una persona in divisa o una pattuglia di poliziotti nei luoghi in cui si concentrano gli "irregolari" per provocare il 'fuggi-fuggi' generale e 'spostare' il problema da un'altra parte.

La simbolicità espressiva di questo inutile diritto penale genera una duplice forma di arbitrarietà duplice che può invero essere affidata al caso o una (più sinistra) preordinazione 'politica' del controllo sociale a colpire 'sotto-categorie' specifiche all'interno della categoria-base dei cittadini extracomunitari. Sotto-categorie nelle quali facilmente si troveranno a confluire i migranti maggiormente, e contingentemente, indesiderabili: i più molesti, i più poveri, i più sporchi, i più rumorosi, i più rissosi, i più culturalmente stravaganti e lontani dal nostro habitus, i più economicamente onerosi per le fragili possibilità del *welfare*.

4.5. Quale risocializzazione è praticabile e consentita a favore di chi 'commette' il reato di ingresso/permanenza irregolare?

La violazione dell'art. 27 comma 3 Cost. non è argomento nuovo di dibattito all'interno della disciplina migratoria. Una bella sentenza della Corte costituzionale in tema di misure alternative, già ricordata (Corte cost. n. 78/2007), disegna il quadro di riferimento, riattualizza il principio del finalismo rieducativo della pena e lo adatta alla difficile condizione del migrante privo di titolo di soggiorno. La rieducazione resta irrinunciabile anche per la persona migrante non regolare.

Anche al cospetto della rieducazione, vediamo riaffiorare insanabili problemi intorno all'art. 10-*bis* T.U.

³⁰ G. FORTI, *Immane concretezza*

³¹ E infatti la disciplina processuale appositamente introdotta dalla l. 94/2009 (artt. 20-*bis* e 20-*ter* del d.lgs. 274/2000) conta proprio sul fatto che "la prova sia evidente".

Donini ricorda che “la non rieducatività e la non necessità di pena è del resto ammessa *expressis verbis* dalla legge, là dove quest’ultima opta per la *priorità dell’espulsione* rispetto all’applicazione della pena”³² detentiva o pecuniaria, a seconda – oggi – delle fattispecie incriminate.

La condotta punita dall’art. 10-*bis* è giuridicamente irrimediabile e il suo autore resta irredimibile, a meno che costui accetti di uscire dal contatto con l’ordinamento giuridico che lo sanziona e con la comunità da cui quell’ordinamento promana. È impossibile, impraticabile, l’idea stessa di rieducazione/risocializzazione. Quest’ultima, come è noto, significa ‘rientro’ nella conformità, ‘ritorno’ nell’alveo dell’osservanza del precetto trasgredito, ‘riconsegna’ alla vita sociale. La risocializzazione richiede un dialogo con la norma, nel corso de quale scoprirne la funzione, vedere svelato il bene giuridico protetto in vista di un volontario comportamento conforme. All’autore della contravvenzione in esame non è dato ravvedersi, perché ciò dovrebbe poter significare, in molti casi almeno, *regolarizzarsi*.

Il reato di ingresso/trattenimento illegale si presenta invece come una norma che agisce al pari di una ‘frontiera’ chiusa: il precetto è qui dichiaratamente orientato alla deterrenza e alla neutralizzazione del destinatario (nel senso più comune e noto di questi due concetti). Ma vi è di più: il precetto finisce per non essere più *veramente* tale – cioè una richiesta di comportamento conforme (nella specie: la regolarizzazione) – assumendo fattezze puramente ‘difensive’, ‘minacciose’ e ‘neutralizzativo-sanzionatorie’ in cui nulla più vi è da chiedere al destinatario della norma, se non sua (auto)estromissione dall’incontro con l’ordinamento stesso. La norma in commento appartiene a una singolare categoria giuridica: viene posta per *non* consentire il contatto “orientativo” con il diritto che genera *legalità* e per scongiurare l’incontro con l’ordinamento che la contiene, con il territorio su cui vige, con il popolo-società che l’ha approvata.

Le ‘dinamiche’ normative di carattere repressivo-neutralizzativo messe in moto dall’attuale T.U. (nella versione successiva al ‘passaggio’ dei ‘pacchetti-sicurezza’), unite alla realtà empirica della migrazione economica, conducono *di fatto e di diritto* a sanzionare con l’espulsione l’ingresso e il trattenimento irregolari.

A ben osservare, siamo davanti – più che a una sanzione (per quanto negativa) – a una sorta di inedita e sospetta ‘riduzione in pristino’ in ambito penale, avente ad “oggetto materiale”³³ le persone e non le cose.

³² M. DONINI, *op. cit.*, p. 124.

³³ Si prende provocatoriamente in prestito, estrapolandola dal contesto, l’espressione di M. DONINI, *op. cit.*, p. 105, il quale dispiega una preoccupante analisi intorno ai delitti in tema di immigrazione riguardo ai quali occorre distinguere “i reati dove l’immigrato è *autore*, quelli dove è l’*oggetto materiale* della condotta di terzi, e quelli dove risulta, dal fatto tipico, essere *vittime*” (corsivi nel testo).

L'espulsione non è una “condotta riparatoria” o conformativa (che condurrebbe, *ex art. 35 d.lgs. 274/2000*, all'estinzione del reato). Essa assomiglia ai “dissuasori mobili” collocati nei centri abitati: una barriera che, automaticamente, auto-punisce il trasgressore senza considerarlo *destinatario*, dunque *interlocutore* del precetto normativo. ‘Riduzione in pristino’ e ‘dissuasore mobile’ che confermano, una volta di più, come tutto il sistema normativo delle migrazioni si flette verso un unico risultato: la protezione del territorio dalla pressione dei migranti più scomodi.

L'obiettivo “legale” del soggiorno regolare (e regolato), aspirazione di molti stranieri, non è affatto centrale rispetto alla regolazione giuridica del *singolo*, tanto da essere nella maggior parte dei casi impossibile. La regolarizzazione può contare, semmai, se (e quando) tornano i grandi numeri.

Rispettare l'art. 10.*bis* T.U., adempiere al suo comando, significa per lo straniero extracomunitario ‘rimanere a casa propria’ e comunque ‘alla larga’ da questo Paese, lontano e fuori dall'influenza delle sue leggi.

Queste norme che parlano i linguaggi *hard* del controllo e della forza, non trovano alcuna mitigazione in quelle che – di contro – assicurano riconoscimento e protezione effettivi dei diritti fondamentali, giacché i migranti senza permesso di soggiorno finiscono per *non* essere destinatari di queste ultime, riservate ai cittadini e, al massimo, agli stranieri ‘regolari’. L'extracomunitario privo di titolo di soggiorno viene quasi del tutto escluso dal diritto *che protegge* per incontrare di fatto *solo il diritto che controlla e punisce*. “Una politica dell'esclusione *penalmente armata*” e un “*diritto penale dell'esclusione puro*”, per usare le parole di Donini, quelli che “più si avvicina[no], nell'ambito del cd. diritto penale di lotta, alle forme illegittime del *diritto penale del nemico*”³⁴. Una politica e un diritto dell'esclusione che, in aggiunta, possono persino consumarsi *in presenza* dello straniero irregolare sul territorio; egli può venirsi a trovare imprigionato tra due sbarramenti insormontabili: la materiale impossibilità della regolarizzazione, la materiale impossibilità di ottemperare all'espulsione/rimpatrio volontario.

Capire lo stravolgimento profondo della natura stessa del diritto operata da simili disposizioni-imposizioni pare francamente materia da filosofi del diritto.

Il penalista cresciuto alla luce di una tradizione liberale, democratica, costituzionale del diritto vi riconosce poco di quell'idea dell'esperienza giuridica come insieme intelligente di principi e precetti che orientano culturalmente i consociati, aprendoli a un'adesione volontaria e libera delle norme, poste per lo più a

³⁴ M. DONINI, *op. cit.*, p. 114 (corsivo nel testo). Per A. CAPUTO, *Disuguali, illegali, criminali*, cit., p. 86, si tratta di una “razionalità orientata alla disuguaglianza, ossia alla formalizzazione di una condizione giuridica fondata sull'esclusione”.

presidio dei diritti inviolabili e capaci di ospitare, sì, doveri ma doveri di solidarietà e di *vicinanza* alla legge, in vista di un bene – o “meglio” – comune da realizzare *dentro* l’ordinamento, non fuori o lontano da quest’ultimo.

la decisione annotata

Massima

Sono dichiarate in parte inammissibili ed in parte non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 10 bis del D.Lgs. 286/98, aggiunto dall’art. 1, comma 16, lett. a), della legge n. 94/2009, che prevede e punisce il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

In particolare, mentre da un lato 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 – dall’altro, la mancata previsione di una clausola di salvaguardia per i casi di tenue entità o di impossibilità di rispetto della norma (il “giustificato motivo”) non può determinarne l’illegittimità costituzionale in quanto il codice penale e le disposizioni sulle competenze del giudice di pace sono comunque idonee a giustificare condotte inesigibili ed a temperare il rigore della sanzione nei casi di particolare tenuità.

Corte Costituzionale, Sentenza n. 250 del 8 luglio 2010, Pres. Amirante, Rel. Frigo.

Sentenza

Disponibile nel sito www.cortecostituzionale.it – giurisprudenza – pronunce

ABBONAMENTI 2010

Abbonamento ai tre fascicoli: € **60,00** i.i.

Gli abbonati alla rivista internet *Immigrazione.it* possono sottoscrivere l'abbonamento al prezzo scontato € **40,00** i.i.

La sottoscrizione, richiesta in qualunque momento dell'anno, dà diritto a ricevere i tre fascicoli pubblicati nel 2010.

Per sottoscrivere l'abbonamento:

1. inviare copia del bonifico effettuato in favore di Studio immigrazione sas

cc bancario **IBAN IT73C0306914503100000001186** (Intesa San Paolo - Filiale di Viterbo) a redazione@glistranieri.it o al fax 0761 1760915

unitamente ai seguenti dati:

Nome _____ Cognome _____

Ragione Sociale _____

E-mail _____

(nel caso di ente, i dati anagrafici sono riferiti al funzionario responsabile del procedimento; i dati relativi all'indirizzo e CF o P.IVA, sono riferiti all'ente)

Data di nascita _____ Città _____ Prov. _____

Indirizzo _____ Città _____ CAP _____ Prov. _____

Cod. Fiscale _____ P. IVA _____

Professione _____ Telefono _____

Dati bonifico

Importo: _____ Data: _____

Banca: _____ Agenzia: _____

ABI: _____ CAB: _____

2. in alternativa al bonifico, potrà essere inviato un assegno bancario o vaglia postale non trasferibile a: Studio immigrazione - via del Giglio, 3 - 01100 Viterbo, unitamente ai dati di cui al punto precedente.

Trattamento dei dati personali

(Informativa ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 196/2003)

Studio Immigrazione s.a.s. rispetta e protegge la privacy degli abbonati. I dati personali raccolti con questo modulo saranno trattati e conservati nel rispetto della normativa vigente (D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 - Codice in materia di protezione dei dati personali) ed utilizzati per erogare il servizio richiesto, informazioni e aggiornamenti che potranno verificarsi nel tempo.

L'interessato potrà rivolgersi in ogni momento a Studio Immigrazione per verificarli o farli integrare, aggiornare o rettificare e/o per esercitare gli altri diritti previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 8 del citato Codice).

Stampa
Universal Book, Rende (CS)

