

Libertà di migrazione: da diritto fondamentale a reato di clandestinità? Note su alcune ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale in merito all'articolo 10 *bis* del D. L. n. 286 del 1998

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il contributo analizza alcune ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale sul reato di clandestinità. Dalle stesse emergono punti di criticità rispetto all'assetto costituzionale della fattispecie in questione, dalla lesione del fondante principio di solidarietà, al depotenziamento dell'effettivo godimento di diritti umani, al rovesciamento dei canoni informanti la materia penale nel vigente ordinamento, alla infrazione di vcoli internazionali. Al fine di vagliare la capacità persuasiva delle argomentazioni proposte dai giudici di merito, si richiamano alcuni indirizzi assunti dalla Consulta in materia di migrazione. Al di là di ogni possibile ipotesi in merito alla futura pronuncia della Corte, si rileva come l'operato del legislatore, in una democrazia costituzionale e non maggioritaria, sia vincolato da principî invalicabili, i quali debbono informare anche le scelte in politica migratoria.

LE REAZIONI CRITICHE ALL'ARTICOLO 10 *bis*.

L'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano del reato di clandestinità, avvenuto con l'articolo 16 della legge n. 94 del 15 luglio 2009, del quale avevamo fatto cenno sullo scorso fascicolo di codesta Rivista¹, ha suscitato, accanto a prese di posizione critiche², un notevole dibattito dot-

1 Cfr. *Alcune digressioni sull'esecuzione della pena con particolare riguardo al cittadino straniero. Dalla comunicazione interculturale alla funzione rieducativa della pena ed al pieno sviluppo della persona umana*, nel fascicolo 2 del 2009 di "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione".
<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3400>

2 Richiamiamo, anche per la rilevanza dello stesso nella redazione di alcune ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale, l'*Appello dei giuristi contro il reato di clan-*

PAROLE CHIAVE

DIRITTI DELLO STRANIERO;
FUNZIONE DELLA PENA; MIGRAZIONE;
POLITICHE PENALI; REATO DI CLANDESTINITÀ;
TUTELA DEI DIRITTI UMANI;
VINCOLI INTERNAZIONALI.

In memoria degli ospiti dell'Hôtel International, "un piccolo albergo in una laterale dell'Avenue Wagram, dietro Palace de Ternes" Erich Maria Remarque, Arc de Triomphe).

destinità del 30 giugno del 2009: "il disegno di legge n. 77-B attualmente all'esame del Senato prevede varie innovazioni che suscitano rilievi critici. In particolare, riteniamo necessario richiamare l'attenzione della discussione pubblica sulla norma che punisce a titolo di reato l'ingresso e il soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato, una norma che, a nostro avviso, oltre ad esasperare la preoccupante tendenza all'uso simbolico della sanzione penale, criminalizza mere condizioni personali e presenta molteplici profili di illegittimità costituzionale. La norma è, anzitutto, priva di fondamento giustificativo, poiché la sua sfera applicativa è destinata a sovrapporsi integralmente a quella dell'espulsione quale misura amministrativa, il che mette in luce l'assoluta irragionevolezza della nuova figura di reato; inoltre, il ruolo di *extrema ratio* che deve rivestire la sanzione penale impone che essa sia utilizzata, nel rispetto del principio di proporzionalità, solo in mancanza di altri strumenti idonei al raggiun-

gimento dello scopo. Né un fondamento giustificativo del nuovo reato può essere individuato sulla base di una presunta pericolosità sociale della condizione del migrante irregolare: la Corte costituzionale (sent. 78 del 2007) ha infatti già escluso che la condizione di mera irregolarità dello straniero sia sintomatica di una pericolosità sociale dello stesso, sicché la criminalizzazione di tale condizione stabilita dal disegno di legge si rivela anche su questo terreno priva di fondamento giustificativo. L'ingresso o la presenza illegale del singolo straniero non rappresentano, di per sé, fatti lesivi di beni meritevoli di tutela penale, ma sono l'espressione di una condizione individuale, la condizione di migrante: la relativa incriminazione, pertanto, assume un connotato discriminatorio *ratione subiecti* contrastante non solo con il principio di eguaglianza, ma con la fondamentale garanzia costituzionale in materia penale, in base alla quale si può essere puniti solo per fatti materiali. L'introduzione del reato in esame, inoltre, produrrebbe una crescita abnorme di ineffettività del sistema penale, gravato di centinaia di migliaia di ulteriori processi privi di reale utilità sociale e condannato per ciò alla paralisi. Né questo effetto sarebbe scongiurato dalla attribuzione della relativa cognizione al giudice di pace (con alterazione degli attuali criteri di ripartizione della competenza tra magistratura professionale e magistratura onoraria e snaturamento della fisionomia di quest'ultima): da un lato perché la paralisi non è meno grave se investe il settore della giurisdizione del giudice di pace, dall'altro per le ricadute sul sistema complessivo delle impugnazioni, già in grave sofferenza. Rientra certo tra i compiti delle istituzioni pubbliche "regolare la materia dell'immigrazione, in correlazione ai molteplici interessi pubblici da essa coinvolti ed ai gravi problemi connessi a flussi migratori incontrollati" (Corte cost., sent. n. 5 del 2004), ma nell'adempimento di tali compiti il legislatore deve attenersi alla rigorosa osservanza dei principi fondamentali del sistema penale e, ferma restando la sfera di discrezionalità che gli compete, deve orientare la sua azione a canoni di razionalità finalistica. «Gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che [...] non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto di tentazioni, volte a nascondere la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli». Le parole con le quali la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità del reato di «mendicizia» di cui all'articolo 670, comma 1, cod. pen. (sent. n. 519 del 1995) offrono ancora oggi una guida per affrontare questioni come quella dell'immigrazione con strumenti adeguati alla loro straordinaria complessità e rispettosi delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Costituzione a tutte le persone". Per la disamina di ulteriori interventi critici in argomento si possono consultare, fra gli altri, i siti della Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (www.asgi.it) e di Magistratura Democratica. (www.magistraturademocratica.it).

trinale³. Al di là di queste reazioni, va altresì sottolineato come l'articolo in questione, ora numerato come il 10 bis del Decreto legislativo n. 286 del 1998 (d'ora in avanti richiamato anche come Testo unico), sia stato oggetto in anche in ambito giurisprudenziale di forti perplessità.

Queste si sono istituzionalizzate in ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale contenenti i forti dubbi di legittimità costituzionale riscontrati in fase processuale dalla magistratura di merito.

Appare pertanto interessante osservare le motivazioni per i quali le autorità giudicanti hanno ritenuto che la sussistenza di un vizio materiale inficiante la legittima presenza del reato di clandestinità nel nostro ordinamento non fosse manifestamente infondata.

A tale proposito verranno qui richiamate le ordinanze dei Giudici di pace di Pesaro, del 31 agosto 2009, di Pordenone, del 8 ottobre 2009, di Cuneo, del 16 ottobre 2009, e di Agrigento, del 15 dicembre 2009 e del Giudice del lavoro di Voghera, del 20 novembre 2009⁴. Anche alla luce del vasto dibattito dottrinali in materia, appare rilevante enucleare le motivazioni che hanno indotto i giudici di merito a promuovere il rinvio alla Corte costituzionale al fine di osservare le argomentazioni addotte in favore dell'illegittimità della disposizione in questione.

L'ORDINANZA DI PESCARA (LA LESIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ)

Utilizzando un criterio cronologico l'esame inizierà dall'ordinanza emessa dal Giudice

³ In proposito richiamiamo il numero monografico della rivista "Diritto, immigrazione e cittadinanza", XI (2009), n. 4, con contributi di L. Pepino, L. Miazzi, A. Sciortino, G. Palombarini, S. Rodotà, C. Renoldi, G. Savio, P. Bonetti, P. Morozzo della Rocca, M. Paggi, A. Casadonte e M. Pipponzi, M. Pastore, L. Miazzi e G. Perin, S. Furlan, A. Simoni. Una vasta eco ha ritrovato la legge n. 94 del 2009 nelle relazioni presentate al Convegno della Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari 14-17 ottobre 2009 sul tema *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, con relazioni di V. Ondina, P. Stancati, B. Caravita di Toritto, B. Pezzini, E. Grosso, B. Nascimbene, A. Pugiotto, G. F. Ferrari (la pubblicazione provvisoria delle relazioni è consultabile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it)

⁴ Le ordinanze sono visionabili sul sito www.asgi.it

ce di pace di Pesaro; questa presenta notevole interesse per le argomentazioni proposte, le quali però appaiono, nel loro complesso, più legate a rilevi di politica penale e, in generale, a questioni socio-politiche, che a considerazioni proprie a questioni di legittimità costituzionale, le quali pur ritrovano richiamo nell'ordinanza stessa.

Per quanto riguarda il primo ordine di questioni, il giudice di merito rileva anzitutto essere tale figura di reato "incompatibile con la civiltà del nostro Paese". A tal fine all'interno dell'ordinanza vengono riprodotti "il testo dell'appello 30.6.2009 di insigni giuristi, appartenenti ad aree culturali e ideologiche diverse [...] e le considerazioni provenienti da aree significative del volontariato sociale, laiche e religiose"⁵.

5 Dell'appello dei giuristi abbiamo dato conto nella nota 2. Il secondo documento citato si riferisce ad un appello del 5 luglio del 2009, per il quale "come cittadini italiani riteniamo che il provvedimento varato oggi al Senato sia un vero e proprio «atto eversivo» verso la civiltà del diritto espressa nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (la dignità della persona umana), nella Costituzione italiana (articoli 2 e 3), in tanti testi delle Nazioni Unite il cui spirito è presente nella Dottrina Sociale della Chiesa, orientata ad affermare il «bene comune», che è il bene di tutti e di ciascuno, sintesi di libertà e giustizia. Come credenti nel Dio che tutti ama e nel Vangelo di Cristo nostra pace pensiamo che per i cristiani nessuno sia straniero e, soprattutto, che nessuno straniero sia di per sé un delinquente. Chi ostenta i valori cristiani conosce le parole di Cristo «Ero straniero e mi avete accolto» (Matteo 25). Rinnoviamo l'appello ad operare con urgente fermezza per respingere la deriva autoritaria e totalitaria basata sulla logica dello straniero-nemico che nasconde i veri pericoli della criminalità organizzata, della corruzione economica e politica, del degrado etico e che alimenta la paura, eccita gli animi al peggio, diffonde modelli di violenza e prepara a mali più grandi. Dolore e orrore. Il 2 luglio 2009 è stata votata una legge che rompe l'unità della famiglia umana e ne offende la dignità, prende piede l'idea che esistano esseri umani di seconda e terza categoria, un popolo di «non persone», di esseri umani, uomini e donne invisibili. È una perdita totale di senso morale e di sentimento umano; questo accade, nel nostro paese che ha prodotto milioni di emigrati. La legge «porterà solo dolore». Il dolore nasce dall'orrore giuridico e civile del «reato di clandestinità», dall'idea del povero come delinquente e della povertà come reato. La legge votata non è solo contraria alla nostra Costituzione ma a tutta la civiltà del Diritto. Punisce una condizione di nascita, l'essere straniero, invece che la commissione di un reato. Dichiarare reato una condizione anagrafica.

Al di là del merito dei appelli e della loro irrituale proposizione all'interno di un'ordinanza, va rilevato che in questi è chiaramente individuabile il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 519 del dicembre del 1995 in merito all'illegittimità costituzionale del reato di mendicizia, *ex comma primo* dell'articolo 670 del Codice penale⁶. Su questa sentenza e basata in gran parte l'argomentazione in favore della illegittimità costituzionale del reato di clandestinità. Tale ipotesi verrà ripresa di lì a poco, sia pure con sfumature diverse, anche dal magistrato di Voghera; risulta pertanto utile soffermarsi brevemente sulla pronuncia della Corte di tre lustri fa.

In questa la Corte costituzionale, in riguardo al bene giuridico protetto da tale figura di reato (la tranquillità ed il decoro della civile convivenza), aveva sottolineato come, e su questo punto il Giudice di Pesaro costruirà la similitudine, "l'ipotesi della mendicizia non invasiva integra una figura di reato ormai scarsamente perseguita in concreto, mentre nella vita quotidiana, specie nelle città più ricche, non è raro il caso di coloro che – senza arrecare alcun disturbo – domandino compostamente, se non con evidente

A questo punto, quanti stranieri frequenteranno un servizio sociale o si rivolgeranno, se vittime della «tratta», ad associazioni volontarie o istituzionali, forze di polizia comprese, oggi messe in un angolo dalla diffusione delle cosiddette «ronde»? Quanti stranieri andranno a far registrare una nascita, si presenteranno in ospedale per farsi curare? Quali gravi conseguenze questo potrà produrre sulla salute di tutti i cittadini è già stato evidenziato da moltissime associazioni di medici. La legge è pericolosa perché accrescerà la clandestinità che dice di combattere, favorirà il «si salvi chi può», darà spazio alla criminalità organizzata, aumentando l'insicurezza di tutti. Non c'è futuro senza solidarietà. La legge tra l'altro è inutilmente crudele. Ci fa tornare ai tempi della discriminazione razziale. È una forma di accanimento contro i poveri anche se la povertà più grande oggi è la nostra: povertà di coraggio, di umanità, di capacità di scommettere sugli altri, di costruire insieme una sicurezza comune. La sicurezza basata sulla paura sta diventando un alibi per norme ingiuste e dannose, per scaricare il malessere di molti italiani sugli immigrati, capro espiatorio della crisi, bersaglio facile su cui sfoghiamo il tramonto di ogni etica condivisa e della testimonianza cristiana. La tutela della vita e della dignità umana va assunta nella sua interezza per tutti e in ogni momento dell'esistenza".

6 L'intero articolo ritrova la sua abrogazione con la successiva sentenza n. 205 giugno 1999.

imbarazzo, un aiuto ai passanti. Di qui, il disagio degli organi statali preposti alla repressione di questo e altri reati consimili – chiaramente avvertito e, talora, apertamente manifestato – che è sintomo, univoco, di un'abnorme utilizzazione dello strumento penale”.

La Consulta, forse influenzata dal ricordo dalle immagini del pensionato Umberto Domenico Ferrari, interpretato dal professore di glottologia dell'Università degli Studi di Firenze Carlo Battisti, che con una dignitosa ritrosia chiede la carità nella memorabile opera cinematografica «Umberto D.» diretta da De Sica, riconosce che “gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che – senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo – non si può cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a «nascondere» la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli. Quasi un sorta di recupero della mendicizia quale devianza, secondo linee che il movimento codificatorio dei secoli XVIII e XIX stilizzò nelle tavole della legge penale, preoccupandosi nel contempo di adottare forme di prevenzione attraverso la istituzione di stabilimenti di ricovero (o ghetti?) per i mendicanti”. E continua, “ma la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte dei comportamenti un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza, e la società civile – consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato – ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà”.

Nella sentenza compare a questo punto una frase che è bene tenera a mente perché verrà implicitamente ed in negativo utilizzata, dal Giudice di Pordenone, per ravvisare un ulteriore aspetto di anticostituzionalità nell'articolo 10 bis; la Corte, infatti, rileva: “d'altra parte, i paventati effetti di ulteriore affollamento delle carceri e d'un accrescimento del carico penale sono irrealistici e comunque potranno essere scongiurati se e in quanto si consoliderà l'in-

dirizzo del legislatore verso la «depenalizzazione»”. In buona sostanza, pur non ritenendo rilevante l'osservazione per la quale gli istituti di pena sono già così affollati che appare del tutto irragionevole pensare di comprimervi dentro anche i reati di accattonaggio, la Corte invita il legislatore a ripensare, anche sotto questa luce, le sue politiche penali.

La Consulta conclude che “in questo quadro”, il quale comprende sia la mutata percezione sociale dell'accattone, sia la constatazione della sua non pericolosità sociale, sia, da ultimo, aggiungiamo noi, l'irragionevolezza di sovraccaricare il sistema penale nel suo complesso con dei poveracci che chiedono la carità senza disturbare nessuno, “la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessario il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, con qualche riflesso sull'ordine pubblico, può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta d'aiuto”.

Fin qui il Giudice delle leggi del 1995, che abroga il primo comma dell'articolo 670 del Codice penale.

Su questa falsariga il Giudice di Pesaro ritiene anzitutto che il reato di clandestinità operi una “gravissima lesione del principio di solidarietà umana e sociale che permea l'intera Costituzione e che è espresso in particolare negli artt. 2, 3, 4”. Di medesimo avviso appare anche il magistrato di Voghera, il quale, sia pur attraverso altre argomentazioni, le quali avremo modo d'osservare, ritiene anch'egli che tale reato sia “in contrasto con l'impegno dello Stato di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo e con il principio di solidarietà sociale, entrambi sanciti dall'art. 2 della Costituzione”.

Ciò che però più conta per il Giudice di Pesaro, sempre in tema di solidarietà sociale, è la *ratio* della disposizione, la quale permette di riconoscere che “un criterio di razionalità, di perversa razionalità, c'è e consiste nell'obiettivo e nella predisposizione di strumenti idonei a rendere la vita impossibile all'immigrato non regolare, a fare terra bruciata intorno a lui, a

minare radicalmente la possibilità stessa della solidarietà nei suoi confronti [... tale progetto si attua con] la configurazione del concorso nel reato ex art. 110 CP a carico di tutti coloro che esprimono nei confronti del c.d. «clandestino» concreta e fattiva solidarietà, accogliendolo, ospitandolo, aiutandolo a trovare alloggio, a nutrirsi e a fare qualche attività per sostentarsi [...]. La contravvenzione con ammenda salatissima, inutile e inefficace per l'immigrato irregolare, è invece efficacissima nei confronti di tutti gli altri⁷. Si rileva altresì che l'obbligo di denuncia del *clandestino* da parte di pubblici ufficiali e di incaricati di pubblico servizio fa sì che lo stesso non possa usufruire del godimento di diritti sociali (dall'assistenza sanitaria all'istruzione) sanciti dall'ordinamento internazionale, più precisamente per il magistrato in questione, dai "principi del diritto internazionale generalmente riconosciuto".

Per tanto, "ed in sintesi, la norma introdotta viola la Costituzione perché favorisce e induce a comportamenti e a prassi che contrastano e mettono a rischio il principio fondamentale della solidarietà umana e sociale, che la Costituzione, al contrario, pone come valore primario da realizzare e promuovere (in particolare artt. 2 e 3)".

Prima di passare alla argomentazioni in materia di violazione del principio di solidarietà sociale addotte dal magistrato del lavoro di Voghera, è bene riassumere tutte le cause di illegittimità costituzionale che, a detta del giudice di Pesaro, inficiano l'articolo 10 *bis*. Oltre al già rilevato contrasto con il principio di solidarietà che investe gli articoli 2 e 3 del dettato costituzionale, si ravvisa una violazione del principio di ragionevolezza ("razionalità finalistica, adeguatezza dei mezzi ai fini, proporzionalità, rispetto sostanziale dei valori della Costituzione") che deve informare "l'esercizio dell'attività legislativa in materia penale"; si ravvisa anche la lesione del principio d'uguaglianza e del principio di personalità della responsabilità penale (articoli 3 e 27 della Costituzione) "sanzionando penalmente in modo indiscrimina-

⁷ L'articolo 110 del Codice penale prevede che "quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita".

to gli stranieri che soggiornano illegalmente nel territorio dello Stato, presumendone arbitrariamente riguardo a tutti l'esistenza di una condizione di pericolosità sociale"; la violazione dell'articolo 10 dato che, secondo i parametri assunti dal magistrato pesarese, la configurazione come reato del soggiorno non regolare dello straniero contravviene di "principi affermati in materia di immigrazione nel diritto internazionale generalmente riconosciuto" ed infine vi sarebbe ancora violazione degli articoli 3 e 27 non prevedendo la disposizione il giustificato motivo dell'ingresso o della permanenza irregolare sul suolo dello stato quale causa "esimente codificata", allo stesso modo in cui è prevista dall'articolo 14 del Testo unico per lo straniero clandestino che si trattenga nel territorio dello stato in violazione dell'ordine di espulsione impartito dal Questore.

L'ORDINANZA DI VOGHERA (TITOLARITÀ versus GODIMENTO DEI DIRITTI)

L'ordinanza del Tribunale di Voghera concentra l'attenzione dell'osservatore anzitutto sulla mancanza di "deroghe all'obbligo di denuncia da parte dell'autorità giudiziaria cui lo straniero privo di titolo di soggiorno si rivolga per la tutela dei propri diritti (come invece previsto con riguardo agli operatori sanitari dall'art. 35, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286), ritenendo che ciò pregiudichi il diritto alla tutela giurisdizionale". Rammentiamo che la vicenda sorge all'interno d'una controversia di lavoro (accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e risarcimento di danni patiti in conseguenza di infortunio occorso nello svolgimento della prestazione e di licenziamento intimato verbalmente), ove l'attore, trovandosi in una condizione di *clandestinità*, non si è presentato all'udienza (a detta del giudice ricorrente, al fine di evitare una "pressoché certa condanna e probabile espulsione" ex articolo 10 *bis*). Per il magistrato del lavoro, la non previsione legislativa di "una deroga all'obbligo di denuncia da parte dell'autorità giudiziaria nell'ambito di processi che attengono alla tutela di diritti dello straniero privo di titolo di soggiorno, appare in conflitto

innanzitutto con l'art. 24, commi 1 e 2, della Costituzione"; si tratterebbe pertanto, *in primis*, di un pregiudizio della tutela giurisdizionale.

Per inciso, va rilevato che l'argomentazione qui presentata pare debole; tant'è vero che il *clandestino* ha intentato causa contro il datore di lavoro (in nero) e che il tribunale ha fissato l'udienza per l'interrogatorio libero delle parti; la *spada di Damocle* dell'incriminazione ai sensi dell'articolo 10 *bis* ha fatto desistere l'attore dal presentarsi in udienza, ma certamente non il tribunale dall'adempiere agli accertamenti del caso. Sicché il diritto statuito dal primo comma dell'articolo 24, parimenti al diritto di difesa ed alla parità delle parti sancito dall'articolo 111 del dettato, non subiscono pregiudizi (allo stesso modo in cui non sono pregiudicati i diritti della difesa del contumace o ancora il diritto di agire in giudizio a tutela di propri diritti o interessi legittimi, di colui che, per altri motivi, non si presenti in udienza per non correre il rischio di vedersi, per altri fatti imputatigli, suo malgrado *trattenuto*).

Certo è anche che, come rileva il giudice del lavoro, la figura di reato in oggetto pregiudica non poco le concrete possibilità di far valere in giudizio i propri diritti, primi fra tutti il godimento dei diritti sociali, a chi versa nella condizione di *clandestinità*, condizione che denota una situazione di disagio sociale e come tale meritevole di solidarietà. Da qui il richiamo al principio di solidarietà che verrebbe anch'esso lesa.

Infatti, argomenta più compiutamente il magistrato, la statuizione di un reato per un comportamento che viene giudicato dalla stessa Corte costituzionale non sintomatico di una particolare pericolosità sociale (il richiamo è alla sentenza n. 78 del 2007, sulla quale ritorneremo) senza prevedere la deroga di cui sopra, che permetterebbe "di garantire il pieno esercizio di tutti i diritti di rango costituzionale", comporta "un'irragionevole disparità di trattamento tra situazioni egualmente meritevoli di tutela".

Sicché, se riproduciamo correttamente il ragionamento del Giudice di Voghera, nonostante la conclamata non pericolosità sociale del comportamento, la possibilità di provvedere in modo diverso di fronte alla situazione di *clandestinità*, vedi l'espulsione ammi-

nistrativa dello straniero, viene introdotto, contro il principio di ragionevolezza, il reato di cui all'articolo 10 *bis*, il quale di per sé non solo non tutela beni giuridici o ne sanziona l'offesa (data l'assenza di pericolosità sociale del comportamento racchiuso nella figura di reato), ma, di converso, lede diritti costituzionali quali, nello specifico, l'azione di tutela dei propri diritti e, più in generale, il principio di solidarietà nonché precise norme di diritto internazionale pattizio in materia di esercizio della difesa dei diritti propri al lavoratore e del godimento dei diritti sociali; per questi motivi, la *irragionevole ed ingombrante* figura di reato deve venire abrogata dall'ordinamento giuridico italiano.

Nuovamente pare di dover riconoscere la debolezza degli argomenti, dato che la presenza del reato in oggetto nell'ordinamento italiano solo in maniera lata ed indiretta inibisce l'esercizio di diritti fondamentali sanciti dal diritto interno e da quello internazionale (infatti, sia pur *latitante* a seguito di un mandato di cattura, chiunque può presentare istanza per far valere i propri diritti o interessi legittimi, sarà la condizione di *latitanza* a determinare l'arresto dello stesso, ma non è la condizione di *latitante* ad inibire l'esercizio di diritti riconosciuti)⁸. Può spiacere che in queste condizioni soggiacciano persone deboli e, nella maggior parte dei casi, soggettivamente non pericolosi socialmente, quali sono gli immigrati clandestini, i quali si ritrovano in condizioni non dissimili da quelle proprie ai conclamati membri della criminalità organizzata, ma non pare che di per sé l'introduzione di tale reato possa arrecare danno al godimento di diritti fondamentali (anche nel citato mondo della salute, "bene primario ed assoluto dell'individuo, tutelato dall'art. 32 della Costitu-

8 Va in proposito richiamato l'articolo 17 del Testo unico il quale prevede che "lo straniero sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio della difesa, al fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza". Pur richiamando espressamente il procedimento penale, la disposizione in oggetto non pare sia assoggettata da quanto stabilito dall'articolo 14 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, e che pertanto possa ritrovare, per analogia, applicazione anche negli altri riti del processo.

zione”, il *clandestino* viene prima curato, quindi gode a pieno titolo di questo diritto, e poi, una volta sanato, si ritrova, se non abbastanza lesto, a dover intraprendere a ritroso e questa volta con il *viatico* delle pubbliche autorità, la via che lo ha condotto in Italia).

Sicché non pare che, per questi motivi la disposizione in oggetto produca effetti in diretto e palese contrasto con i principi espressi dagli articoli 117 e 10 del dettato come, invece, il Tribunale di Voghera afferma.

Ma quel che rileva, prima di passare alla questione della pericolosità sociale, da cui la richiamata sentenza n. 78 del 2007, la cui disamina risulta centrale al fine di fondare o meno il vizio di ragionevolezza della disposizione dell'articolo 10 *bis*, vi è un altro problema adombrato dalla ordinanza di Voghera.

Nella stessa, infatti, il magistrato rileva come la norma censurata, che qui appare in contrasto con il primo comma dell'articolo 3 della Costituzione, determinando “la disparità di trattamento nell'accesso alla tutela giurisdizionale e al diritto alla difesa” (la qual cosa non si ritiene, da parte dello scrivente, pienamente condivisibile), è “fondata sulla mera condizione personale dello straniero, costituita dal mancato possesso di un titolo abilitativo all'ingresso e alla permanenza nel territorio dello Stato, che è poi la condizione tipica del migrante economico e, dunque, anche una condizione sociale”. Legando questa constatazione alla mancanza di pericolosità sociale del comportamento, sopra ipotizzata attraverso il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale, si palesa all'orizzonte una figura di reato connotata dalla presenza del cosiddetto *tipo d'autore*, ovvero la statuizione nell'ordinamento di una situazione di pericolosità sociale oggettiva, nella quale verserebbe, al di là cioè delle personali inclinazioni di un soggetto, chiunque si trovasse nella condizione descritta dalla fattispecie astratta; in questo contesto il soggetto risulta pericoloso socialmente in quanto appartenete ad una data categoria e soltanto per tale appartenenza è destinatario di misure repressive⁹.

⁹ Per un primo approccio al tema in oggetto si rimanda a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo*

L'ORDINANZA DI CUNEO (I LIMITI DELLA RAGIONEVOLEZZA E DELLA RAZIONALITÀ FINALISTICA)

All'articolo 3 della Costituzione si richiama anche il Giudice di pace di Cuneo, il quale, nell'ordinanza del 16 ottobre 2009, sottolinea, sulla scorta dell'istanza di remissione alla Corte costituzionale di illegittimità dell'articolo 10 *bis*, presentata il 15 settembre dello stesso anno della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino al Giudice di pace torinese, essere tale disposizione in contrasto con il predetto articolo del dettato in quanto *irragionevole*; infatti, la potestà legislativa “trova limiti insuperabili nell'osservanza dei principi fondamentali del sistema penale stabiliti dalla Costituzione e nell'adozione di soluzioni orientate a canoni di ragionevolezza e razionalità finalistica; la irragionevolezza della nuova fattispecie criminosa è chiaramente evidenziata dalla carenza di un pur minimo fondamento giustificativo: la penalizzazione di una condotta dovrebbe intervenire, come *extrema ratio*, in tutti i casi in cui non sia possibile individuare altri strumenti idonei al raggiungimento dello scopo”. L'ordinamento ha a disposizione strumenti idonei a limitare la presenza sul suolo nazionale di *clandestini*, in *primis* l'espulsione amministrativa, già prevista nel Testo unico. Si rileva, intatti, sempre sulla scorta della Procura torinese, che “la effettiva espulsione in via amministrativa costituisce causa di non procedibilità dell'azione penale, il che rende plasticamente evidente quale *penale*, Roma-Bari, 1990, ove l'autore rileva che i modelli di diritto penale autoritario “raggiungono [...] la forma più perversa nello schema penale del cosiddetto *tipo d'autore*, ove l'ipotesi normativa di devianza è simultaneamente «senza azione» e «senza evento offensivo». La legge, in questo caso, non proibisce né regola comportamenti, ma prefigura status soggettivi direttamente incriminabili; non ha funzione regolativa, ma costitutiva dei presupposti della pena; non è osservabile o violabile dall'omissione e dalla commissione di fatti da essa difforni, ma è costitutivamente osservata o violata da condizioni personali conformi o difforni”, così a p. 77 del citato testo. Su questo tema appare utile, fra le molte, anche la lettura dello studio di A. De Giorgi, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000, che, nel discutere di *migranti* e di *devianti*, concentra la sua analisi su forme di controllo sociale di natura *attuariale*.

sia l'interesse primario del legislatore; infine, non è richiesto alcun nulla osta dell'Autorità Giudiziaria per l'esecuzione dell'espulsione via amministrativa, al chiaro scopo di non creare intralci alla predetta operazione. Orbene, l'evidente finalità della nuova fattispecie incriminatrice, strumentale all'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio dello stato, ne sottolinea l'assoluta inutilità e, dunque, la mancanza di una *ratio* giustificatrice, perché lo stesso obiettivo era perfettamente raggiungibile prima dell'introduzione della nuova figura di reato, mediante l'adozione dell'espulsione coattiva in via amministrativa ai sensi dell'art. 13 co. 4 D. L.vo n. 286/98".

Come rileva anche il magistrato di Pesaro, l'articolo 3 verrebbe poi violato in considerazione di una irragionevole disparità di trattamento operata dall'articolo 10 *bis* rispetto al precedente articolo 14, quinto comma del Testo unico; quest'ultimo prevede la punibilità dello straniero espulso solo se si trattiene sul territorio dello stato "senza giustificato motivo", mentre l'articolo 10 *bis* non prevede alcuna clausola giustificativa o, per usare le parole della Corte costituzionale della sentenza n. 5 del 2004, "valvola di sicurezza". L'articolo in questione pertanto "non appare conforme alla Costituzione, in quanto punisce indiscriminatamente tutti i soggetti irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, senza tenere conto dell'eventuale esistenza di situazioni legittimanti tale presenza, differentemente dall'altra ipotesi di reato di cui sopra".

Dopo un richiamo alla violazione dell'articolo 97, dovuto alla inutile ed ingiustificata sovrapposizione di due tipi di procedure (provvedimento amministrativo e processo giudiziario) per ottenere l'espulsione dello straniero irregolare dal territorio dello stato, viene fatta menzione dal Giudice di pace di Cuneo alla violazione degli articoli 24 e 27 del dettato, nella parte in cui statuiscono il diritto di difesa e la presunzione di innocenza dell'imputato. Tali diritti verrebbero palesemente violati nel momento in cui l'esecuzione del procedimento amministrativo di espulsione determina una sentenza di non doversi procedere dal parte del giudice di merito, ma solo quando la misura dell'espulsione ha già avuto esecuzione. All'imputato, meglio all'indagato, è preclusa ogni

possibilità di difesa; si palesa pertanto "in concreto una discrezionalità legislativa che si è, nel complesso, orientata ad un principio di presunzione di colpevolezza, in netto contrasto con l'art. 27, II comma della Costituzione".

Quest'ultimo rilievo del Giudice di pace di Cuneo induce a riflettere, cosa del resto ripresa, sia pure in differente maniera, dal giudice del lavoro di Voghera, sul problema relativo alla mera titolarità e non al pieno godimento dei diritti in ambito giurisdizione che investe il clandestino e, più in generale, lo straniero extracomunitario in Italia¹⁰.

I rilievi del Giudice di pace di Cuneo in merito alla violazione degli articoli 24 e 27 del dettato, anche se succintamente argomentati, paiono fondati e fanno palesare una sorta di *ordinamento penale speciale* dello straniero clandestino rispetto a quello in vigore per i cittadini comunitari ed i cittadini stranieri regolari. Di ciò si ha sentore nella sentenza n. 22 del 2007, ove compare l'espressione "«diritto penale speciale» in conflitto, per sua stessa natura, con i parametri costituzionali"¹¹. Va ribadito che in una ancor più recente sentenza la Corte stessa ha riconosciuto ancora una volta, avuto riguardo all'articolo 10 del detta-

10 Sull'argomento si sofferma specificatamente Andrea Pugiotto nella sua relazione su "Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero al Convegno nazionale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, richiamato in nota 3.

11 Cfr. *ibidem*, nonché G. Savio, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle legge?*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", IX (2007), n. 1, il quale sottolinea che "la Corte deve aver pensato che sia giunta l'ora di una revisione organica e completa della materia, che superi i limiti angusti connessi ad una visione del fenomeno migratorio in termini esclusivamente di ordine pubblico. E questa è una questione politica. Quando si legge che la Corte «non può, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali [...] giacché mancano nell'attuale quadro normativo in *subiecta materia* precisi punti di riferimento che possono condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate», vuol dire che è la normativa sull'immigrazione ad essere intrinsecamente in contrasto con i parametri costituzionali, poiché non offre, al suo interno, punti di riferimento costituzionalmente orientati tali da consentire un riassetto mirato a correggere le asimmetrie esistenti", p. 84. Sulla sentenza in oggetto si può consultare anche il commento di D. Brunelli, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa*, in "Giurisprudenza costituzionale", LI (2007), n. 1, pp. 181-189.

to, l'obbligo di "garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche" ed il divieto di introdurre "discriminazioni nei confronti degli stranieri", così la sentenza n. 306 del luglio 2008.

L'ORDINANZA DI PORDENONE (IL PROBLEMA DELLA OFFENSIVITÀ DELLA CONDOTTA)

Le osservazioni prodotte dal Giudice di pace di Pordenone appaiono parimenti utili al fine di indagare la presunta anticostituzionalità dell'articolo in questione; il magistrato rileva, da prima, che la figura di reato prevista dall'articolo 10 *bis*, che pur presenta tutti i crismi relativi al principio di legalità, appare carente sotto il profilo del principio di colpevolezza e del principio di offensività.

Se, per quanto concerne la questione relativa alla colpa, il giudice si limita a rilevare che "la funzione educativa della pena verrebbe compromessa nell'ipotesi di previsione di una sanzione penale a carico di un soggetto resosi responsabile di una mera disobbedienza, in quanto il *soggetto abbia commesso un fatto inoffensivo non riuscirebbe a comprendere la ragione della punizione*" (va rilevato che nell'ordinanza non si fa menzione alla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del marzo 1988), il principio di offensività, ovvero l'assenza di un atto di per sé lesivo proprio alla condizione di clandestinità, attira specificatamente al sua attenzione.

In proposito rileva, per un verso che "afinché possa configurarsi un reato, occorre un comportamento che, oltre a corrispondere alla fattispecie descritta dalla norma, sia colpevole ed *offensivo*, idoneo, cioè, a ledere o porre in pericolo un bene costituzionalmente significativo o comunque non incompatibile con la Costituzione", per altro che la Corte costituzionale con sentenza n. 78 del 2007, ha definito che "«il mancato possesso del titolo abilitativo alla *permanenza* nello Stato» da parte dello straniero non può considerarsi reato, in quanto non è di per sé idoneo a produrre una particolare pericolosità sociale"; tutto ciò implica che per la Corte "la mera

condizione di clandestino non può considerarsi idonea a porre seriamente in pericolo la sicurezza pubblica".

Sottolineando anche che l'ordinamento giuridico può prevedere una sanzione penale solo in mancanza di alternativi strumenti idonei ad arginare il fenomeno in oggetto, "mentre nel caso di specie, la nuova figura di reato si sovrappone integralmente a quella dell'espulsione quale misura amministrativa, il che mette in luce la sua assoluta irragionevolezza", il magistrato pordenonese, richiamando la sentenza n. 519 del 1995, ritiene che "il legislatore, quindi, non può delineare fattispecie incriminatrici che prescindano dall'esistenza dell'offesa ad un bene giuridico". Infatti, per il magistrato autore dell'ordinanza, "il concetto di bene giuridico [...] impone un limite nelle scelte del legislatore". Su questo punto, come vedremo in seguito, consente ampiamente anche il Giudice di pace di Agrigento.

Dal Tribunale della città friulana ci giungono altre due considerazioni che rendono l'illegittimità di tale disposizione non manifestamente infondata. Per un verso, l'applicazione della disposizione legislativa "rischia di aggravare la crisi degli uffici giudiziari" perché "la macchina giudiziaria verrà onerata di un carico di lavoro tale da incidere pesantemente sul buon funzionamento degli uffici", pertanto, l'articolo 10 *bis* sarebbe "in evidente contrasto con l'art. 97 Cost."; per altro, l'impossibilità di far ricorso nel reato di ingresso e soggiorno clandestino, da parte del contravventore, all'articolo 162 del Codice penale, il quale permette, attraverso il pagamento delle eventuali spese processuali e di un terzo della pena pecuniaria comminata di estinguere il reato. Tale mancanza di previsione darebbe vita a un conflitto con il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 del dettato costituzionale.

Forse dal divieto di oblazione della contravvenzione, previsto dal legislatore, che porterebbe all'estinzione del reato, si può dedurre che la *ratio legis* sottostante al reato di clandestinità sia quella di dover arginare un grave pericolo sociale, così grave da impedire al legislatore di consentire al contravventore di poter estin-

guere il reato con il semplice pagamento in via preventiva di un terzo dell'ammenda massima prevista. Se così fosse, la ipotetica discriminazione rilevata dal giudice pordenonese ritoverrebbe giustificazione nella oggettiva pericolosità sociale del comportamento, il quale però, due anni prima della statuizione della fattispecie in questione, era stato altrimenti definito dalla Corte costituzionale stessa; d'altro canto, non si comprende la ragione del perché il legislatore, a fronte di un così grave pericolo sociale, non abbia rubricato la condizione di clandestinità fra i delitti e non, come avvenuto, fra le contravvenzioni, e non abbia pertanto comminato, accanto alla sanzione pecuniaria, anche la pena detentiva della reclusione.

Al di là di queste considerazioni, che verranno riprese in fase conclusiva, va rilevato che il magistrato pordenonese, nel concentrare di fatto la sua ordinanza sulla mancanza di ragionevolezza del provvedimento legislativo, che istituisce il reato di clandestinità, e questo punto si ritrova evidenziato sia pur declinato in diversa maniera, anche nelle ordinanze di Pesaro, Voghera e di Agrigento, parimenti alla lesione del principio di uguaglianza, che tutte le ordinanze hanno, da diversi punti di vista, posto in rilievo, abbia a sua volta posta la questione relativa alla lesione dell'articolo 97 della Costituzione, nella parte in cui statuisce il principio di buon andamento delle pubbliche amministrazioni.

A prima vista tale rilievo appare, come quello proposto dall'ordinanza di Cuneo, se non totalmente incongruo, quanto meno debole; in proposito va sottolineato come la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 2004 abbia ribadito che "la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, pur potendo riferirsi anche all'amministrazione della giustizia, attiene esclusivamente alle leggi concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo, mentre è del tutto estraneo all'esercizio della funzione giurisdizionale". Pertanto, sotto questo profilo non vi sarebbe spazio per un rilievo di illegittimità costituzionale, che non sia manifestamente infondato.

Va però rammentato, a parziale sostegno della tesi uscita dal Tribunale di Pordenone, come la stessa Corte, nella qui più volte richiamata sentenza n. 519 del 1995 abbia, proprio avuto riguardo all'illegittimità costituzionale del reato di mendicizia, fatto menzione alla necessità di un processo di depenalizzazione al fine di scongiurare un "accrescimento del carico penale"; è ben vero che la Corte in tale sentenza ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 670, secondo comma, in riferimento al primo comma dell'articolo 97 del dettato, e pertanto, con ogni probabilità, rigetterà lo specifico rilievo al predetto articolo del magistrato pordenonese, ciò non di meno la questione sollevata, se non palesa rilevanza di legittimità costituzionale, quanto meno riveste un'indubbia centralità nell'ambito delle politiche legislative.

L'ORDINANZA DI AGRIGENTO (I VINCOLI INTERNAZIONALI)

Chiusa la digressione, esaminiamo le motivazioni che hanno indotto il Giudice di pace di Agrigento ad addire alla Corte costituzionale.

Se nell'ordinanza del dicembre dello scorso anno si ritrovano, in buona sostanza, questioni già sollevate dalle ordinanze precedentemente esaminate, vi è in questa un elemento innovatore, che va con attenzione esaminato.

Per quanto riguarda le prime questioni, vanno richiamate dall'ordinanza le osservazioni in merito alla violazione del principio di offensività della legge racchiuso negli articoli 25 e 27 del dettato dai quali si desumerebbe, con particolare riguardo a pronunce della Corte, il non essere "invero, consentito, che - per finalità di mera deterrenza - siano introdotte sanzioni che non si ricollegano a fatti colpevoli ma, piuttosto, a modi di essere ovvero ad una mera disobbedienza priva di disvalore, anche potenziale, per un determinato bene giuridico che si deve proteggere". Non essendo, come più volte rilevato, per la Corte costituzionale "il mancato rispetto delle norme sull'ingresso o sulla permanenza nel territorio dello Stato [...] di per sé indice di pericolosità sociale", il magistrato deduce che l'incriminazione per un reato che è "espressio-

ne di una condizione individuale, la condizione di migrante [...] assume un connotato discriminatorio *ratione subiecti* contrastante, tra le altre cose, con la fondamentale garanzia costituzionale in materia penale in base alla quale si può essere puniti solo per fatti materiali”.

Implicitamente ricollegandosi alle osservazioni del giudice pordenonese, ritiene che la sanzione penale sia soltanto una *extrema ratio*, che interviene nel caso in cui lo scopo protettivo non possa altrimenti venire raggiunto. In presenza del provvedimento amministrativo di espulsione questa appare priva di fondamento; infatti, “appaiono evidenti sia la piena corrispondenza della sfera applicativa della nuova figura di reato con l’area dei casi per i quali era già – ed oggi continua ad essere – prevista l’espulsione amministrativa o di respingimento *differito* e sia il carattere obiettivamente superfluo della sanzione penale, testimoniato dalla chiara volontà legislativa di privilegiare risultati (l’effettivo allontanamento dello straniero clandestino o irregolare) ottenibili attraverso l’uso di strumenti amministrativi già esistenti prima della riforma, alla cui concreta operatività ostavano non già carenze normative bensì difficoltà di carattere amministrativo/organizzativo”. La norma si palesa pertanto in violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà della legge penale (*ex* articoli 3, 25 e 27 della Costituzione).

Il principio di uguaglianza verrebbe violato vuoi attraverso la “applicazione della condanna penale nei confronti di un soggetto la cui condotta in nulla si discosta da quella di un altro soggetto, il quale, tuttavia, per il verificarsi di condizioni che prescindono dalla sua volontà e dalla sua azione (l’esecuzione del provvedimento di espulsione e di respingimento nei suoi confronti) e, comunque, in assenza di una valida ragione che giustifichi al disparità di trattamento, deve essere prosciolto”, vuoi per la mancanza di previsione nell’articolo 10 *bis*, a differenza dell’articolo 14, comma quinto *ter*, dello stesso testo unico, di “giustificati motivi che potrebbero determinare le condotte punite”.

L’elemento innovatore, a cui si era fatto cenno, riguarda l’argomentazione prodotta in proposito della violazione dell’articolo 117 della Costituzione, con esclusivo riguardo al comma primo, il quale dispone, come noto, che la potestà legislativa si eserciti nel rispetto “dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Argomento questo già presente nelle ordinanze di Pesaro e di Voghera, ma qui sviluppato con particolare originalità e coerenza.

L’ordinanza del Giudice di pace di Agrigento richiama il *Protocollo addizionale della Convenzione della Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria*, sottoscritto nel corso della conferenza di Palermo, tenuta il 12-15 dicembre 2000.

All’articolo 5 del succitato *Protocollo* gli stati firmatari si impegnano acciòché “i migranti non diventino assoggettati all’azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetti delle condotte di cui all’articolo 6”, ovvero di essere stati oggetto di “traffico di migranti” nelle sue varie articolazioni. Ai sensi dell’articolo 16 del Protocollo qui richiamato, “ogni Stato parte prende [...] misure adeguate, comprese quelle di carattere legislativo se necessario, per preservare e tutelare i diritti delle persone che sono state oggetto delle condotte di cui all’articolo 6 del presente Protocollo”.

Il magistrato rileva che, *rebus sic stantibus*, l’articolo 10 *bis*, introducendo il reato di *clandestinità* contravvenga con quanto previsto dall’articolo 5 del *Protocollo*, ovvero l’impegno assunto a non assoggettare ad azione penale quanti sono stati oggetto di “traffico di migranti”, e che, pertanto, il legislatore ordinario con la legge 94 del luglio 2009 sia venuto meno al vincolo costituzionale contenuto nell’articolo 117. Posta la questione in altri termini, il legislatore ordinario avrebbe aggirato la limitazione di sovranità consentita con l’adesione al Protocollo e prevista all’articolo 11 del dettato.

Va in ogni caso rilevato che il richiamo al *Protocollo* fa emergere dal genere clandestini una sola particolare specie, ovvero esclusivamente coloro che sono stati oggetto di traffico da parte altrui; lo scopo del *Protocollo*, come

recita l'articolo 2 dello stesso, è "di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati Parte a tal fine, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino". Sicché dallo stesso risulterebbero esclusi coloro che siano entrati e soggiornino illegalmente sul territorio dello stato senza, per così dire, aver usufruito di servizi da parte della criminalità organizzata. Certo è che, al di là di ogni constatazione quantitativa sul fenomeno, dovrebbero essere non assoggettati all'azione penale i *clandestini* che sono stati oggetto di "traffico di migranti", e, pertanto, una figura di reato che indistintamente ricomprende tutti i *clandestini* appare, alla luce di quanto sopra esposto, costituzionalmente illegittima.

Le argomentazioni qui proposte appaiono, a prima vista, forti e verranno riprese in fase di conclusioni.

SU ALCUNI ORIENTAMENTI DELLA CONSULTA

Appare d'uopo cercare di riassumere le posizioni sopra espresse e richiamate dalle varie ordinanze di rinvio al fine di compararle con gli orientamenti della Consulta in materia.

Per intanto rileviamo che i magistrati di Pordenone e di Cuneo, sostanzialmente con motivazioni simili, richiamano la violazione dell'articolo 97 della Costituzione contenente il principio di efficacia ed efficienza della pubblica amministrazione, il quale verrebbe inficiato da un'irragionevole mole di lavoro riversatasi sulla autorità giudiziaria a seguito della istituzione del reato di clandestinità, reato, come sopra osservato *inutile*, in quanto le medesime finalità possono, nell'ordinamento vigente, venire perseguite per mezzo di provvedimenti amministrativi, quali l'espulsione intimata dal Questore. In proposito, come già osservato, la Corte ha ribadito, nella sentenza n. 5 del 2004, che "la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, pur potendo riferirsi anche all'amministrazione della giustizia, attiene esclusivamente alle leggi concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento

sotto l'aspetto amministrativo, mentre è del tutto estraneo all'esercizio della funzione giurisdizionale", sicché questioni di legittimità costituzionale come quelle proposte nelle ordinanze di Pordenone e di Cuneo andrebbero dichiarate, secondo questo consolidato indirizzo, come non fondate. Si rammenta che in occasione dell'abrogazione dell'articolo 670, primo comma del Codice penale, la Corte, nella qui richiamata sentenza 519 del dicembre 1995, ritenesse irrealistici "i paventati effetti di ulteriore affollamento delle carceri e d'un accrescimento del carico penale" e dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'articolo 670 in riferimento all'articolo 97 del dettato.

Pare pertanto che anche questa volta il rilievo sollevato ritrovi il diniego della Corte.

Un forte portato emotivo assume il riferimento effettuato dai magistrati di Pesaro e di Voghera al principio di solidarietà fondante l'ordinamento costituzionale italiano e sul quale la Corte si è ampiamente soffermata nella più volte citata sentenza n. 519 del 1995.

In proposito ad un necessario allargamento del principio di solidarietà anche agli stranieri che versano in una condizione di clandestinità si può senza ombra di dubbio richiamare, per la speculare similitudine con il nostro caso, la sentenza n. 269 del 16 dicembre 1986, ove in merito al problema della presenza nell'ordinamento di disposizioni inibitorie del fenomeno emigratorio, retaggio di una politica demografica posta in essere a cavallo delle due guerre mondiali, la Corte riconosceva, anzitutto, che "non va dimenticato che l'emigrante è soggetto economicamente debole, che versa in situazioni di particolare bisogno e che, pertanto, è razionale che sia tutelato dallo Stato contro speculazioni, inganni ed errori", ma soprattutto e con veemenza, richiamandosi anche ai lavori della Costituente, come "la libertà d'emigrazione è costituzionalmente, ed in maniera espressa, sancita; allorché, come è stato esplicitamente dichiarato da alcuni Costituenti, essa deve rimanere, quanto più possibile, scevra da limiti (solo eccezionalmente può essere condizionata da obblighi derivanti dal bene comune, dalla tutela di interessi generali

d'una comunità democraticamente orientata); allorché tale libertà non soltanto non è guardata con sfavore ma è «riconosciuta» come bene, valore fondamentale, realizzativo della personalità umana (non nasce, infatti, quale «graziosa concessione» dello Stato) essa va tutelata e garantita». Ancora la Corte nella sentenza del 1986 insiste sull'originalità di tale diritto; infatti, «non è pensabile che la Costituzione vigente conceda o permetta al legislatore ordinario monopolii tesi ad indirizzare arbitrariamente (per fini contingenti) l'emigrazione: un legislatore che, ancorato a visioni arretrate del fenomeno emigratorio, ritenesse, oggi, di poterlo determinare autoritariamente, come anonimo fenomeno di massa, si porrebbe nettamente contro la Costituzione».

È ben vero che la Corte in questa sentenza ha di fronte il caso del fenomeno della emigrazione italiana nel mondo¹², e non quello specifico dell'immigrazione dal terzo mondo verso l'Italia, che investe la società contemporanea, pur tuttavia, la sentenza in oggetto consente una lettura speculare del fenomeno, tanto da poter trarre delle indicazioni in merito al trattamento della figura, più generale e comprensiva delle specie sopra indicate, del migrante: infatti, come è stato sottolineato, «di fronte ad una lettura tanto valorizzante della visione costituzionale del fenomeno migratorio, che pone al centro del progetto migratorio la *persona umana* con la sua proiezione, costituzionalmente garantita, al libero sviluppo di sé, mi sembra che i, pur necessari, distinguo tra la posizione del *cittadino emigrante* e quella dello *straniero immigrato*, non possano far ritenere costituzionalmente accettabile che il legislatore orienti le politiche sull'immigrazione in chiave di disciplinamento autoritario, scorrendo l'irriducibile e primaria qualità umana dei soggetti migranti»¹³.

12 Si rimandiamo in proposito al contributo di Laura Capuzzo, *Emergenza comunicazione per gli italiani nel mondo*, apparso sullo scorso fascicolo di codesta Rivista. (<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3410>)

13 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale dei non cittadini: i diritti sociali* relazione presentata al Congresso dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009 (citiamo dalla versione provvisoria reperibile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 30).

Tenuto conto di tali orientamenti non v'è dubbio che la Corte possa richiamare ancora una volta il legislatore a *utile riflessione* in materia di immigrazione (questa volta con particolare riguardo al reato di clandestinità), cosa del resto di recente avvenuta nella sentenza n. 22 del 2007, anche in ragione del fatto che, come la stessa Corte ebbe a riconoscere, la società contemporanea è «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio di cittadinanza in senso stretto, accoglie ed accomuna tutti coloro che, quasi come una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza», così nella sentenza n. 172 del maggio 1999.

Appare pertanto probabile che la Corte ritenga, come nel caso della sentenza del 2007 sopra richiamata, che queste argomentazioni non possano «rendere ammissibile una pronuncia», riproducendo nuovamente il *non possumus* che ha caratterizzato la sentenza del gennaio del 2007¹⁴.

14 Vedi in argomento le osservazioni critiche di Andrea Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., pp. 43-44. L'autore richiama anche i contributi di D. Brunelli, *La corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa*, cit. e G. Savio, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale*, cit. In proposito Brunelli rileva, nel testo qui richiamato, come la Consulta, in tale occasione fosse stata investita da ordinanze relative alla parte comminatoria e non precettiva della norma penale e che, per quanto «la parte sanzionatoria della norma penale incriminatrice non sia territorio libero per le scorribande politico-criminali del legislatore [...] lo scrutinio circa la ragionevolezza e la proporzionalità della comminatoria penale si materializza presentando molti con i conchi, quasi circondato da tabù e sospetti»; viceversa «la Corte costituzionale in più di una occasione ha mostrato di poter interloquire sulle scelte politico-criminali operate dal legislatore [...]. In particolare il principio di sussidiarietà del diritto penale, il principio di offensività, il principio di colpevolezza, oltre al principio di ragionevolezza, si sono trasformati da enunciazioni dottrinali concernenti il volto del diritto penale moderno a parametri di valutazione di quelle scelte, perfettamente

Va sottolineato che tutte le ordinanze qui richiamate rilevano, sia pure in campi diversi, la violazione del principio d'uguaglianza; da Pesaro giunge il richiamo all'assunzione presupposta della pericolosità sociale del comportamento in oggetto senza l'obbligo di alcun accertamento dello stesso nel caso di specie; tale posizione emerge anche dal giudice del lavoro di Voghera che pone l'accento su una discriminazione fondata su base e dati personali; da Tribunale di Pordenone si sottolinea la discriminazione operata dalla non applicabilità dell'articolo 162 del Codice penale ed infine Agrigento e Cuneo sottolineano una disparità di trattamento dato che, come rileva il magistrato di Agrigento, "la esecuzione dei provvedimenti di espulsione e/o respingimento è rimessa alla discrezionalità (ed alla disponibilità di mezzi) dell'Autorità amministrativa, senza che nessun rilievo ricoprano a tal fine la volontà e le azioni dello straniero, l'accertamento giurisdizionale di condotte identiche potrà determinare effetti diversi (sentenza di condanna o di non luogo a procedere) in forza di circostanze assolutamente estranee alla sfera di intervento degli imputati". Il Giudice di pace di Cuneo rileva altresì una disparità, che sorge dalla lesione del diritto di difesa, che in qualche modo muove anche l'ordinanza di Voghera, nonché la lesione del principio della presunzione di innocenza.

È fuori dubbio che queste argomentazioni abbiano il loro peso nella futura pronuncia della Corte, non ultima quella relativa alle diverse ed ingiustificate conseguenze prodotte da una espulsione a seguito di condanna rispetto a quelle relative ad una espulsione eseguita dall'autorità amministrativa, a seguito della quale si palesa un non luogo a procedere.

compatibili con il principio democratico, che impone la legalità in materia penale come baluardo del monopolio riservato in materia alla volontà parlamentare". Sicché non appare del tutto improbabile che, stante alle considerazioni svolte da Brunelli e da Savio, la Consulta possa, questa volta, affondare "il coltello nella carne e nel sangue della fattispecie criminosa, valutandone il volto in termini di reale contenuto offensivo [...] riconoscendo [...] che la norma rischia di punire condotte di mera disobbedienza poste in essere da soggetti non pericolosi", estrapoliamo ancora dal contributo di Brunelli.

Non pare invece che possa presentare problemi di lettura costituzionale il comma secondo dell'articolo 10 *bis* ove prevede che l'azione penale non si applichi "allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento", di cui all'articolo 10, comma primo del Testo unico, ai sensi del quale "la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato". Il respingimento si palesa quale misura preventiva alla commissione di un reato, ovvero all'ingresso *clandestino* nel territorio dello stato; in assenza della materialità del fatto, non si palesa il reato.

Al di là di ciò pare dalla lettura delle ordinanze che il punto su cui tutte convergono nel ritenere non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale sia il duplice problema della ragionevolezza e della razionalità finalistica della disposizione in oggetto.

I dubbi in merito a questi problemi si declinano in più punti e su questi pare possa venire decisa la questione sottoposta alla Corte.

Tutte le ordinanze, con eccezione di quella presentata dal giudice del lavoro di Voghera¹⁵, concordano nel rilevare che, in generale, la sanzione penale quale reazione ad un'offesa di un bene giuridico è da impiegarsi, nell'ordinamento vigente, come *extrema ratio*, e soltanto quando l'ordinamento non preveda alcuna via alternativa per reagire ad un comportamento offensivo. Viene più volte rilevato che l'ordinamento prevede, nel Testo unico, la misura dell'espulsione dello straniero illegalmente presente sul suolo nazionale; tale misura è ritenuta sufficiente al fine della tutela del bene giuridico. Vi è anche da considerare che la misura di sicurezza e la pena conseguente al reato di cui all'articolo 10 *bis*, operano nello stesso ambito, tanto da provocare una inutile e, come rilevato, dannosa sovrapposizione di competenze amministrative e giurisdizionali, che porterebbero alla violazione di principi costituzionali (dal principio di uguaglianza, al principio di efficacia ed efficienza della pubblica amministrazione).

¹⁵ Va in ogni caso tenuta presente la specificità dell'ambito in cui sorge l'ordinanza sopra richiamata.

A fronte della non ragionevolezza della compresenza nell'ordinamento della statuizione di due differenti modelli di reazione alla violazione del bene giuridico, l'uno ascrivibile alle misure di sicurezza e l'altro alle pene, le ordinanze in oggetto sottolineano l'acclamata non pericolosità sociale del comportamento descritto nella fattispecie racchiusa nell'articolo 10 *bis* (ingresso e soggiorno illegale nel e sul territorio dello stato). In proposito richiamano la stessa Corte costituzionale, che, con sentenza n. 22 del gennaio 2007, ha rilevato, in merito all'articolo 14 del Testo unico, che "il reato di indebito trattamento nel territorio nazionale dello straniero espulso riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità sociale dei soggetti responsabili". Sicché, due anni prima dell'entrata in vigore della disposizione contenente il nuovo reato di clandestinità, la Corte aveva riconosciuto la non oggettiva pericolosità sociale di tale comportamento.

Tale tendenza viene ribadita dalla stessa Corte nella sentenza n. 78 del marzo dello stesso anno, nella quale viene rimarcato, in proposito della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale di un *clandestino* detenuto e preclusa dal giudice di legittimità, che "tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva - il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato - che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale [...] né della sicura assenza di un collegamento col territorio [...]. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione".

Ciò che preme sottolineare è che la Corte pone in rilievo nella sentenza qui richiamata

due elementi: per un verso, la possibile radicalizzazione del *clandestino* nella società civile, tanto da non poter escludere un collegamento con il territorio, la qual cosa evoca quell'idea di "comunità di diritti e di doveri", richiamata nella sentenza n. 172 del maggio 1999 sopra citata, della quale sarebbe parte anche il *clandestino* detenuto, la cui appartenenza renderebbe, nel caso di specie, possibile "la proficua applicazione della misura" alternativa alla detenzione; per altro la Corte evidenzia, esemplificando, l'illegittima similitudine fra figure di *clandestinità* diverse per motivazioni soggettive. Similitudine che invece appare fondante la *ratio* del reato di clandestinità, che pone sullo stesso piano l'ingresso illegale nel territorio dello stato con il mancato rinnovo del permesso di soggiorno, senza, fra l'altro, contemplare richiami al giustificato motivo, che è invece presente all'interno dell'articolo 14 del Testo unico e, in quanto clausola di carattere *elastico* "assolve al ruolo, negativo, di escludere la punibilità di condotte per il resto corrispondenti al tipo legale", così la Corte nella sentenza n. 5 del gennaio 2004 ove, fra l'altro, si stabilisce, proprio in proposito del carattere elastico della clausola, "la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce".

Da quanto accennato, la fattispecie sarebbe il frutto della "tendenza alla configurazione normativa di «tipi d'autore»", che la Corte ha censurato con la sentenza n. 306 del 1993, tendenza non giustificata, all'interno del vigente ordinamento penale, nemmeno da una conclamata pericolosità sociale del comportamento, e questa presunzione è stata più volte esclusa dalla Corte nel corso del 2007.

Tutto ciò vanificherebbe, come sottolineato dal Giudice di pace di Agrigento, la funzione rieducativa della pena, di cui all'articolo 27 della Costituzione. Infatti, la presupposizione della presenza di reati configurati come *tipi d'autore*, per la stessa Corte costituzionale, ha come conseguenza che, per gli autori degli stessi, "la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita", ancora dalla sentenza n. 306 del 1993.

PERICOLOSITÀ SOCIALE E LIMITI DELLA REAZIONE
DIFENSIVA

La questione relativa alle finalità della pena potrebbe essere, fra i molti possibili, un fulcro intorno a cui raccogliere ed ordinare le argomentazioni e su cui appoggiare le riflessioni favorevoli o contrarie alla legittimità costituzionale della disposizione penale in oggetto¹⁶.

Come abbiamo notato, nel caso di specie, il principio di ragionevolezza del precetto penale si declina in varie maniere, ma si può presumere che l'articolo 10 *bis* risulti *ragionevole* (anche avuto riguardo alla constatazione della presenza nell'ordinamento della misura di espulsione dello straniero clandestino) nel momento in cui si sostenga che alla fattispecie corrisponda, per il comportamento descritto, nella realtà sociale un grave (*gravissimo*) pericolo sociale, che scuota le basi stesse della civile convivenza, un fenomeno altamente lesivo in nessun altro modo fronteggiabile che attraverso la criminalizzazione e repressione dello stesso. Occorre pertanto che le obiezioni poste dalla Corte nel 2007 siano superate a fronte della constatazione della minaccia all'ordine costituito. Sarà il riconoscimento della diffusa pericolosità sociale del comportamento a giustificare all'intero dell'ordinamento giuridico vigente la presenza di misure estreme, che possono portare, come nel caso della cosiddetta criminalità organizzata, ad un riposizionamento dei principi fondanti ed informanti nell'ordinamento la funzione della pena, sino a giungere, nei limiti dei principi costituzionali, ai confini, senza mai superarli, di un ordinamento penale *speciale*.

Va riconosciuto come, già all'indomani della sentenza n. 364 del marzo del 1988, la Corte riconosce, con la sentenza n. 282 del maggio del 1989, che "non è dato delineare una statica, assoluta gerarchia tra le finalità" della pena; "è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi

istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba esser data prevalenza ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia". Ciò viene ribadito nella già richiamata sentenza n. 306 del 1993, ove si afferma "che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione". In considerazione a quanto premesso, "il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – fare tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata".

Di recente la Corte ha riconosciuto, con la sentenza n. 257 del luglio 2006, come "le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente «flessibile», proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per la loro natura coinvolgono. Da qui l'impossibilità di stabilire, *ex ante*, un punto di equilibrio dogmaticamente «cristallizzato» tra le diverse funzioni che il sistema penale, nel suo complesso, è chiamato a soddisfare nel quadro dei valori costituzionali; e, quindi, la impossibilità, anche, di censurare, in astratto opzioni normative, sol perché di tipo «repressivo» rispetto al quadro preesistente, o, all'inverso, perché ispirate ad un maggior *favor libertatis*".

Osserviamo pertanto come la Corte ritenga che la funzione della pena possa oscillare fra una forte connotazione alla prevenzione generale o difesa sociale che dir si voglia (quanto il legislatore *ragionevolmente* ritenga che il feno-

¹⁶ Il tema della funzione rieducativa della pena era stato oggetto di argomentazione nel intervento apparso sullo scorso fascicolo di codesta Rivista ed a cui si fa riferimento nella nota 1.

meno delinquenziale necessiti di una decisa risposta repressiva) ed una altrettanto spiccata tendenza rieducativa, ove le considerazioni di politica penale inducano verso una risocializzazione del reo. In nessun caso però la pena potrà cristallizzarsi lungo uno dei due assi estremi, obliare per tanto l'una o l'altra funzione, nemmeno nei casi di più estremo pericolo per la sicurezza pubblica.

In proposito la Corte, nella richiamata sentenza del luglio 2006, ben sunteggia questa radicale ed imprescindibile presa di posizione; riconoscendo ancora una volta che «soltanto nel quadro di un sistema informato ai parametri della «adeguatezza e proporzionalità» delle misure (per mutare principi tipici delle cautele personali) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri normativi prescelti dal legislatore», la Corte rammenta infine come «in tale cornice [... ed ...] a proposito delle misure di rigore che, in tema di ordinamento penitenziario, furono adottate – dopo i tragici fatti di Capaci – [...] dovesse ritenersi non in linea con la finalità rieducativa della pena la scelta di precludere l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice *nomen juris* per il quale era stata pronunciata la condanna». Infatti, nella sentenza implicitamente richiamata dalla Corte, la sentenza n. 306 del 1993, si rileva senz'ombra di dubbio che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individuazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario».

Sicché nemmeno agitando lo spettro della assoluta pericolosità sociale del fenomeno migratorio¹⁷, che genera il *clandestino*, e ritenendo la presenza dello stesso sul suolo patrio esiziale per il consorzio civile¹⁸, pare per la Corte possibile abdicare completamente alla funzione rieducativa della pena e giustificare una fattispecie che, non solo criminalizza un comportamento, a suo dire, socialmente non pericoloso (a fronte, come osservato, di altre possibili misure che tutelino il bene ri-

17 Vedi però in proposito la richiamata sentenza n. 269 del 16 dicembre 1986.

18 Vedi però in proposito le richiamate sentenze n. 22 e n. 78 del 2007.

conosciuto come protetto), ma che assegna palesemente alla pena la esclusiva funzione di minaccia e che la sua esecuzione consista nella mera espulsione del condannato, ove ciò sia possibile, mentre nella maggior parte dei casi si palesa una espulsione *preventiva*, disposta dall'autorità amministrativa, la quale determina, per un verso, il non luogo a procedere pronunciato dal giudice di merito e, per altro, il palesarsi della recidiva qualora il *clandestino*, espulso ma mai condannato in Italia, ritorni sul nostro patrio suolo.

Tale modo di procedere, come rilevato dal magistrato di Cuneo, lede pesantemente, fra gli altri, i fondamentali diritti racchiusi negli articoli 24 e 27 del dettato costituzionale: il diritto inviolabile alla difesa, ed il diritto alla presunzione di innocenza sino alla condanna definitiva.

Qui la Corte è chiamata in buona sostanza a pronunciarsi su una questione forse piuttosto spinosa, ma essenziale per comprendere l'*umore politico* del paese: può concedere che il legislatore ordinario, sorretto da una concezione *maggioritaria* della democrazia¹⁹, proceda a fronte dell'ingresso e della permanenza in Italia di migranti clandestini allo stesso modo in cui ha inteso procedere a fronte dei *tragici fatti di Capaci* incontrando però, in quella occasione, la netta censura del giudice di legittimità costituzionale?

SUI VINCOLI INTERNAZIONALI A TUTELA DEI MIGRANTI

Le argomentazioni presentate nell'ordinanza di rinvio dal Giudice di pace di Agrigento, il quale rileva una violazione dell'articolo 117 della Costituzione, in quanto l'articolo 10 *bis* contrasterebbe palesemente l'articolo 5 del *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti*, necessitano di una, sia pur breve, trattazione specifica.

Per il magistrato siciliano, l'articolo 117 della Costituzione sarebbe stato violato, nel suo primo comma, «con riferimento agli obblighi internazionali assunti dall'Italia in materia

19 Vedi in proposito la sentenza n. 24 del 2004.

di trattamento dei migranti”. Nello specifico, come già rilevato, l’articolo 10 *bis* sarebbe in contrasto con l’articolo 5 del *Protocollo* citato, il quale impegna gli stati sottoscrittori a non assoggettare all’azione penale i migranti che sono stati oggetto di *traffico* da parte di organizzazioni criminali.

Nell’ordinanza si ritiene, richiamandosi alla sentenza n. 349 del ottobre del 2007, che dall’articolo 117 del dettato “discende l’obbligo del Legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con gli obblighi internazionali di cui all’art. 117, 1° comma, della Costituzione viola, per ciò stesso, tale parametro costituzionale che realizza un c. d. rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati”.

Al fine di comprendere la portata delle affermazioni contenute dell’ordinanza, pare conveniente seguire le argomentazioni proposte dalla Corte, la quale ebbe a rammentare, nella sopra richiamata sentenza, come “uno degli elementi caratterizzanti dell’ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione [sia] costituito dalla forte apertura al rispetto del diritto internazionale è più in generale delle fonti esterne”. Ciò premesso, la Consulta ritiene che non vi è dubbio “che il nuovo testo dell’articolo 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistemica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”.

Pur ribadendo che non è possibile attribuire, richiamandosi all’articolo 117, rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, e pertanto, per ciò che ci concerne, risolvere l’antinomia riscontrata fra l’articolo 10 *bis* e l’articolo 5 del *Protocollo* con il ricorso al criterio della legge superiore che deroga la legge inferiore, “il parametro costituzionale in oggetto comporta l’obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile [...] con

gli obblighi internazionali di cui all’art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale”.

Pertanto il legislatore che ponesse in essere disposizioni contrastanti con gli obblighi internazionali assunti, violerebbe il parametro costituzionale desumibile dal primo comma dell’articolo 117 del dettato, ai sensi del quale, come noto, “la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Solo per inviso va rammentato che, ai sensi dell’articolo 10, comma secondo della Costituzione, “la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”.

Stante la pronuncia della Consulta, “con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, di definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta»; e che è soggetta a sua volta [...] ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione”.

Seguendo queste indicazioni il magistrato di Agrigento ha correttamente rilevato “che al Giudice interno spetta interpretare la norma nazionale in modo conforme alla disposizione internazionale e, qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, deve porre la relativa questione di legittimità costituzionale”²⁰. Come osservato, il Giudice di pace, procedendo nel modo indicatogli dalla Corte e, pertanto, ponendo a confronto la norma interna, racchiusa nella disposizione dell’articolo 10 *bis*,

20 L’ordinanza di rinvio riproduce quasi letteralmente l’opinione della Consulta, per la quale, nella richiamata sentenza n. 349 del 2007, “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma”.

con la norma internazionale, di cui all'articolo 5 del Protocollo, rileva che "la norma di cui all'art. 10 bis del D. L.vo n. 286/98, comportando l'incriminazione di persone che si trovano in una determinata condizione in relazione alla quale si è assunto l'impegno di assisterle e proteggerle, versi in una contraddizione nei confronti delle disposizioni appena enunciate"; infatti, l'ordinanza puntualizza come il Protocollo, all'articolo 16, punto 3, preveda che gli stati firmatari si impegnino "a fornire un'assistenza adeguata ai migranti la cui vita, o incolumità, è in pericolo dal fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'art. 6".

Dalle argomentazioni offerte nell'ordinanza in oggetto emerge, quindi, un contrasto fra l'ordinamento interno ed gli obblighi internazionali assunti dalla Repubblica.

Questo contrasto, a ben vedere, dà sì vita ad una antinomia, ma, per riprendere la nota teoria di Alf Ross²¹, tale contrasto non si palesa come *incompatibilità totale-totale*²², infatti, estrapolando dalla disposizione di diritto interno riscontriamo che "lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato [...] è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro", mentre la disposizione del Protocollo prevede che "i migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'art. 6". È il riferimento all'articolo 6 che risulta centrale nello stabile il tipo di incompatibilità fra le due disposizioni²³,

21 Il riferimento va a *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino 1965 (ma Copenhagen, 1953), § 26.

22 Tale incompatibilità "si verifica quando nessuna delle due norme può essere applicata a qualsiasi circostanza senza venire in conflitto con l'altra. Se le fattispecie delle norme sono rappresentate con un cerchio, si ha incompatibilità di questo tipo quando i due cerchi si sovrappongono", *ibidem*, p. 122.

23 Tralasciamo la disamina del problema sollevato dalla presenza nell'articolo 5 del Protocollo dell'inciso *fondata sul presente Protocollo*, che lascia supporre, cosa non rilevata dal Giudice di pace di Agrigento, la possibilità di fondare, da parte degli stati sottoscrittori, la responsabilità penale del migrante *clandestino* su altre basi (una semplice volizione del legislatore?), purché non riconducibili ad azioni volte a contrastare le organizzazioni criminali internazionali che promuovono e sfruttano il traffico internazionale di migranti; si veda in proposito il *Preambolo* al

perché è questo che offre la misura al divieto di azione penale nei confronti dei migrati. Come già rilevato, l'articolo 6 fa menzione al traffico di migranti quale "atto [...] commesso intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale".

Pertanto, l'incompatibilità avviene fra una disposizione che sottopone ad azione penale un intero genere (tutti i *clandestini*), ed una disposizione che salvaguarda dall'azione penale solo una specie del genere *clandestini*, presupponendo che gli altri appartenenti al genere, ma non ricompresi nella descrizione di quella particolare specie, possano venire assoggettati ad azione penale. Si tratterebbe per tanto di una *incompatibilità totale-parziale*²⁴ fra le due disposizioni e su questa la Corte sarebbe chiamata a pronunciarsi. L'esito potrebbe essere una sentenza additiva, ovvero che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 10 bis nella parte in cui non esclude dall'azione penale i *clandestini* di cui all'articolo 5 del Protocollo, ritenendo per altro legittima l'azione penale nei confronti di colore che non versino nelle condizioni previste dalla predetta disposizione²⁵.

citato Protocollo. Sicché, escludendo la possibilità di *criminalizzare* il migrante per farlo desistere dall'usufruire dei servizi di dette organizzazioni e, pertanto, indirettamente ridurre il mercato da cui il crimine organizzato attinge profitto, nulla osterebbe al promuovere l'istituzionalizzazione dell'azione penale nei confronti dello straniero irregolare per l'offesa dell'ordine pubblico (si pensi al reato di cui all'articolo 559 del Codice penale rubricato come *Disturbo delle occupazioni o del riposto delle persone*, sanzionato con arresto ed ammenda). Se queste appaiono le ragioni del divieto di sottoporre ad azione penale i migrati, allora pare che la questione sollevata dall'ordinanza difficilmente potrà venire considerata fondata.

24 Per Ross questa "si verifica quando una delle due norme non può essere applicata a qualsiasi circostanza senza entrare in conflitto con l'altra, mentre l'altra norma ha un ulteriore campo di applicazione in cui essa non viene in conflitto con la prima", *Diritto e giustizia*, cit., p. 122. Il terzo tipo di incompatibilità è quello parziale-parziale che "si verifica quando ognuna delle due norme ha un campo di applicazione in cui viene in conflitto con l'altra, ma possiede anche un ulteriore campo di applicazione in cui non sorge conflitto", *ibidem*. Tali argomenti sono, fra i vari luoghi, sviluppati con utili esemplificazioni da C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, trad. it. Torino, 1996 (ma Buenos Aires, 1990), pp. 242-246.

25 Tutto ciò fatte salve le considerazioni accennate nella nota 23.

SUI RISCHI DELLA DEMOCRAZIA MAGGIORITARIA

Alla luce delle passate pronunce della Consulta in merito alla legislazione posta in essere nell'arco degli ultimi lustri al fine di regolamentare (o, meglio, *reprimere*) il fenomeno migratorio, la quale si palesa sempre più come un diritto penale *speciale* informato dal *tipo d'autore*, non appare scontato la lettura che la stessa offrirà, alla luce delle ordinanze presentate, dell'articolo 10 *bis*.

Al di là degli esiti della specifica vicenda, sembra in ogni caso necessario un forte monito da parte della Corte ad un legislatore che, anche in materia di immigrazione, pare sempre più attratto dalle lusinghe dei cantori di una democrazia *maggioritaria*, il cui perseguimento lo allontana man mano dai limiti posti, come invalicabili, quali *Colonne d'Ercole*, dai principi costituzionali e dagli obblighi internazionali, i quali restringono inoppugnabilmente, al di là del mandato popolare, la sua discrezionalità.

Tutto ciò al fine di non dover leggere, in future cronache costituzionali del paese, che di fronte alla democrazia *maggioritaria*, sempre più evocata,

“Noi ci allegrammo; e tosto tornò ‘n pianto:
Ché dalla nuova terra un turbo nacque,
E percosse del legno il primo canto.

Tre volte il fe' girar con tutte l'acque;
Alla quarta, levar la poppa in suso,
E la prora ire in giù, com'altrui piacque;
Infin che 'l mar fu sopra noi richiuso”

Dante Alighieri, *Divina Commedia*, *Inferno*, Canto XXIV, 136

MARCO COSSUTTA, professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste, ove dirige il corso di master in primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione organizzato in collaborazione con il CERMEG*.