



IL TRIBUNALE DI LATINA

Sezione penale

il giudice

- dott.ssa Paola Di Nicola -

Ha pronunciato la seguente ordinanza ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, nell'ambito del procedimento penale contro Benabbou Abdelouahed, nato in Marocco il 30/6/1986, Elfilali Othman, nato in Marocco il 27/2/1975, Laghzaoui Kalid, nato in Marocco il 28/12/1984:

"imputati del delitto di cui agli artt. 110, 61 n. 11 bis e 614 commi 1 e 4 cp, perché, in concorso tra loro si introducevano all'interno della villa sita in Sabaudia strada Lungomare senza numero civico di proprietà di Del Pennino Paolo Antonio, dopo avere forzato il cancello di ingresso e una delle finestre dell'immobile. Con l'aggravante di aver commesso il fatto con violenza sulle cose e da parte di soggetti che si trovano illegalmente sul territorio nazionale.

In Sabaudia in data 16 giugno 2008."

Il 16 giugno del 2008 i tre imputati sono stati tratti in arresto dai Carabinieri di Sabaudia nella flagranza del delitto di violazione di domicilio aggravato.

Nel corso dell'udienza di convalida, celebratasi il giorno successivo, il verbalizzante ha dichiarato che, Tomei Enrico, custode dell'abitazione di proprietà di Del Pennino Paolo, posta sul Lungomare di Sabaudia, aveva notato che la catena e il lucchetto che chiudevano l'ingresso della villa erano stati rotti e sostituiti con altri, senza che il proprietario - debitamente contattato - ne sapesse nulla, cosicché aveva chiesto l'intervento dei Carabinieri.

Giunti sul posto gli operanti avevano rilevato sia quanto segnalato dal Tomei, sia il danneggiamento della finestra-persiana della camera da letto della villa ed evidenti segni di effrazione cosicché, dopo avere divelto la nuova chiusura, erano entrati nello stabile dove avevano trovato disordine in tutte le stanze, utilizzo della rete elettrica nonostante il generatore fosse stato precedentemente staccato dal custode e i tre imputati nascosti.

Nell'interrogatorio Benabbou Abdelouahed, Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid, tutti sprovvisti di documenti e di permesso di soggiorno, hanno ammesso il fatto sostenendo però di essersi introdotti nell'abitazione di Del Pennino senza alcuna violenza sulle cose, in quanto avevano trovato la stessa accessibile a chiunque, stante la precedente rottura, da parte di terzi, della porta-finestra.

Il Tribunale di Latina, in composizione monocratica, sentite le parti, con ordinanza emessa all'esito dell'udienza di convalida, ha ritenuto che sussistessero i presupposti dell'arresto, indipendentemente dalla contestazione dell'aggravante di cui all'art.61 n. 11 bis cp e, come richiesto dal PM, ha applicato al Benabbou, pregiudicato, sedicente, senza fissa dimora e gravato già da decreto di espulsione, la misura cautelare della custodia in carcere, mentre ha disposto la rimessione in libertà di Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid perchè incensurati, rinviando all'udienza del 1 luglio 2008 per definire il processo nelle forme del giudizio abbreviato, come richiesto personalmente dagli imputati.

All'esito della discussione delle parti, il Tribunale sollevava d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11 bis cp, introdotto con l'art. 1 lett. F) del DL 23 maggio 2008 n. 92, per ritenuta violazione degli artt. 3, 13, 25/2 e 27/1 e 3 comma della Costituzione, in quanto rilevante e non manifestamente infondata.

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 277 del 29 ottobre 2009 restituiva gli atti al giudice a quo perchè procedesse «ad una nuova valutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza» della questione di costituzionalità precedentemente sollevata, in ragione delle novità legislative nel frattempo sopravvenute e ritenute dalla Consulta «tali da incidere, in via diretta o mediata, sulla disciplina introdotta dalla disposizione censurata», in particolare per «l'essere le condotte riconducibili alla previsione censurata l'oggetto di un'autonoma incriminazione, e non la mera espressione di un illecito amministrativo». All'udienza del 27/4/2010, cui il processo era stato fissato, il Giudice, sentite nuovamente le parti, sollevava d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11 bis cp, per ritenuta violazione degli artt. 3, 13, 25/2 comma, 27/1 e 3 comma, art. 10/1 comma Costituzione, in quanto rilevante e non manifestamente infondata.

1 - La rilevanza della questione proposta.

1.1 - La rilevanza già valutata nell'ordinanza dell'1 luglio 2008.

Quanto alla rilevanza, si osserva che gli elementi emergenti richiedono, ai fini dell'affermazione di responsabilità e della configurazione delle aggravanti, l'accertamento anche della ricorrenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis cp, contestata agli imputati sprovvisti di regolari documenti di permanenza in Italia e uno dei tre, Benabbou Abdelouahed, attinto da ordine di espulsione il I/2/2008, come emerso pacificamente dagli atti e non contestato dall'imputato.

Né, ai fini della esclusione della rilevanza della questione sollevata, potrebbe assumere valenza l'eventuale giudizio di bilanciamento, ai sensi dell'art. 69 cp, da operare all'esito (della possibile affermazione di responsabilità) dell'eventuale concessione di attenuanti (in particolare quelle ex art. 62 bis c.p). E' evidente, infatti, che proprio per compiere correttamente tale eventuale giudizio occorre valutare, da un lato, le attenuanti, dall'altro, le aggravanti ritenute esistenti, sicchè la presenza di una o più aggravanti inciderebbe innanzitutto sull'esito del giudizio e sull'entità della pena da applicare, ed eventualmente anche sulla successiva suspendibilità dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 656 cpp, comma 9, lettera a), come modificato.

In definitiva, nell'ipotesi di condanna, la sanzione da irrogare andrebbe definita nell'ambito della cornice edittale di cui al testo dell'art. 61 n. 11 bis cp introdotto prima che venisse posto in essere il fatto delittuoso oggetto del giudizio.

1.2 - La rilevanza, anche dopo le modifiche normative intervenute.

Come opportunamente richiesto dalla Corte Costituzionale con la citata ordinanza 277/2009, è a questo punto necessario accertare se la rilevanza del dubbio di costituzionalità, come sopra ricostruita, mantenga coerenza ed attualità argomentativa pur a seguito della conversione del decreto legge citato e del mutamento del quadro legislativo di riferimento.

Si ritiene, in termini generali, di dare una risposta affermativa, in quanto i rilievi, mossi all'art. 61 n. 11 bis cp con la precedente ordinanza di rimessione, sono oggi riferibili alla medesima norma, riprodotta nella diversa e successiva disposizione che risulta *identica nel nucleo precettivo essenziale*, tanto da rendere inalterato, ad avviso

di questo Giudice, l'oggetto del giudizio (cfr. Corte cost. sentenza n. 84/1996).

Nel dettaglio questo il nuovo quadro normativo:

- a) la norma impugnata è stata modificata, in primo luogo, dalla legge di conversione del provvedimento d'urgenza che l'ha introdotta (art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), così che attualmente aggrava il reato **«l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»** (il precedente testo contestato nel presente giudizio era: **“se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale”**);
- b) in epoca ancora successiva è stato stabilito che *«la disposizione di cui all'art. 61, numero 11-bis), del codice penale si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi»* (comma 1 dell'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94 Disposizioni in materia di sicurezza pubblica);
- c) il legislatore ha, inoltre, introdotto nell'ordinamento la nuova fattispecie criminosa di *«ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato»* (art. 10-bis del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, inserito con l'art. 1, comma 16, della citata legge n. 94 del 2009) che si applica allo straniero che fa ingresso o si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni contenute nello stesso d.lgs. n. 286 del 1998 o nell'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68 (Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio).

In relazione ai punti sub a) e b) - relativi alla conversione in legge del decreto e alla norma di interpretazione autentica - le modifiche riportate riguardano, ad avviso del remittente, solo la formulazione linguistica e non la sostanza della disposizione impugnata, rimasta identica in relazione al caso concreto oggetto dell'esame, tanto da non avere comportato alcuna 'successione di leggi penali'.

- In ordine al punto sub a) si rileva che il testo emendato dalla legge di conversione dell'art. 61 n. 11 bis cp, volto ad "armonizzare" l'aggravante in esame con quelle contenute nella medesima norma (i nn. da 1 a 11 dell'art. 61 c.p.), si concentra sulle modalità di compimento dell'azione e non, come nell'originaria versione, sulla

condizione del soggetto agente. Questa modifica, però, attiene al solo aspetto terminologico e non incide sul carattere soggettivo dell'aggravante, la cui nuova formulazione, nonostante l'apparente sforzo di oggettivizzazione, è equivalente a quella originaria. Infatti, mantiene ferma la sua applicabilità automatica allorchè sussista una precisa *condizione personale* del "colpevole", cioè quella di essere illegalmente presente sul territorio nazionale al momento della commissione del fatto-reato.

Se prima era il "fatto" a dover essere commesso "da chi" si trovava illegalmente sul territorio nazionale, ora è "il colpevole" che deve avere commesso il fatto "mentre" si trova sul territorio nazionale illegalmente, così sottolineandosi, solo linguisticamente, un riferimento al principio di colpevolezza, peraltro del tutto superfluo avuto riguardo all'art.59 comma 2 cp, introdotto dalla legge 19 del 1990, che sancisce l'imputazione soggettiva delle aggravanti.

- Anche l'interpretazione autentica dell'aggravante sub b) che, ad avviso del remittente, assume invece un carattere innovativo nella parte in cui esclude dal novero dei suoi destinatari i cittadini dell'Unione Europea chiaramente ricompresi nell'originaria formulazione, non incide sulla rilevanza della questione in quanto gli imputati del presente processo sono tutti cittadini extracomunitari - in quanto marocchini - e rientrano pacificamente nella sfera di applicazione dell'art. 61 n.11 bis cp.

Circoscrivere l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione, escludendo i cittadini dell'Unione, anzi rafforza il dubbio di legittimità costituzionale (vedi *infra*).

Più complessa è la questione circa la valutazione, cui è chiamato il giudice remittente, in ordine all'introduzione nell'ordinamento della nuova fattispecie criminosa di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (punto sub c).

Anche detta disposizione non si ritiene incida sul profilo della rilevanza della questione di legittimità dell'art. 61 n. 11 bis cp sotto due profili:

- 1) in base alla regola espressa nella prima parte dell'art. 61 c.p., valevole per tutte le aggravanti comuni, la circostanza non è configurabile quando la situazione da essa descritta - cioè la presenza illegale sul territorio nazionale dell'agente, al momento della commissione del reato - *costituisce già elemento costitutivo*

di un reato, anzi è esso stesso **il reato**. Infatti in questo caso vale il principio del *ne bis in idem* sostanziale che esclude la imputabilità più volte ad uno stesso soggetto del medesimo fatto. E ciò vale ancor di più nel caso di specie in cui, altrimenti, con ulteriori profili di incompatibilità costituzionale, si farebbe addirittura valere contro la stessa persona più volte, non un fatto, ma una **condizione soggettiva**. D'altra parte in questi termini, anche se più sfumata in ragione del tipo di pronuncia, è la stessa ordinanza n. 277/2009 della Corte costituzionale a suggerire la risposta al problema, nella parte in cui dichiara inammissibile la questione promossa dal Tribunale di Livorno, sostenendo "che l'ordinanza di rimessione non illustra, infatti, la ragione per la quale una circostanza aggravante fondata sulla «illegalità» del soggiorno dovrebbe applicarsi anche per reati che consistono, come quello contestato nel giudizio principale, proprio in violazioni della disciplina della immigrazione, posto che, secondo quanto stabilito nella prima parte dell'art. 61 cod. pen., le circostanze comuni aggravano il reato solo quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali".

L'aggravante in esame è, pertanto, incompatibile non solo con il delitto di cui all'art. 14, comma 5 *ter* t.u. immigrazione, che punisce lo straniero espulso - in quanto illegalmente presente in Italia - il quale, senza giustificato motivo, **si trattiene** nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine, impartito dal questore, di lasciare il territorio entro cinque giorni; ma a maggior ragione con il cd reato di immigrazione clandestina (art. 10 *bis* t.u. immigrazione). Questo infatti, come appunto l'aggravante (che utilizza il verbo "**si trova**"), punisce non soltanto chi si **trattiene**, ma anche chi fa **ingresso** sul territorio, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione. Quindi, per entrambe le disposizioni penali (il reato e l'aggravante) è sufficiente **la presenza irregolare** dell'extracomunitario o dell'apolide nello Stato, e ciò a prescindere che la condizione di irregolarità sia contestuale all'ingresso; che sia intervenuta successivamente ad un ingresso lecito (permesso di soggiorno non rinnovato per difetto dei requisiti, visto turistico scaduto, ecc.); che sia espressamente conosciuta dall'agente la natura penalmente illecita - come

elemento costitutivo o come circostanza aggravante - della presenza irregolare in Italia; che sussista un giustificato motivo (esimente, peraltro, esplicitamente ammessa per il reato più grave - sotto il profilo soggettivo ed oggettivo - di cui all'art. 14 comma 5 ter del testo unico dell'immigrazione).

- 2) In base al dato, giuridico e di fatto, che la nuova disposizione penale, prevista dall'art. 10 bis T.U. immigrazione, non era vigente nel momento in cui sono stati commessi i reati contestati agli imputati, cosicchè, in forza del principio di legalità sancito dall'art. 25 della Costituzione e dall'art. 2 comma 1 c.p., la presenza nello Stato di Benabbou Abdelouahed, Elfilali Othman, e Laghzaoui Kalid, privi del permesso di soggiorno, il 16 giugno del 2008 (data di consumazione del reato aggravato) non aveva autonomo rilievo penale e quindi non può essere presa in considerazione nel presente giudizio se non come circostanza aggravante. Nè può ipotizzarsi un problema di compatibilità (o assorbimento) tra la citata aggravante e la nuova fattispecie incriminatrice proprio perchè non contestata, né contestabile ai sensi degli artt. 25 della Costituzione e 2 comma 1 c.p.

In conclusione si ritiene che il mutamento del quadro legislativo, per come opportunamente richiamato dal Giudice delle leggi, non abbia fatto venire meno la rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 61 n. 11 bis cp, avuto riguardo non solo alla specificità del caso concreto, ma anche in ragione della proposta lettura delle nuove disposizioni legislative.

Prima di procedere all'esame delle ragioni poste a fondamento della ritenuta non manifesta infondatezza della questione, appare utile premettere che la *ratio* sottesa all'aggravante in esame, in risposta ad una crescente domanda sociale di sicurezza, viene individuata nella volontà di contrasto della presunta sostanza criminogena connessa all'immigrazione irregolare, che rende la persona priva del permesso di soggiorno astrattamente più pericolosa di qualunque altro soggetto perché già ribelle, attraverso la violazione della disciplina dell'ingresso, rispetto alla potestà statale.

2 . Non manifesta infondatezza della questione

Con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione, questo giudice la ritiene sussistente in base alle considerazioni che seguono.

2.1 - Violazione dell'art. 3 della Costituzione e dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità così come desumibili dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al sistema penalistico dell'istituto delle aggravanti.

Per affrontare il tema oggetto del dubbio di costituzionalità è preliminare accertare sinteticamente la natura giuridica della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis cp.

Com'è noto la *ratio essendi* delle circostanze del reato è costituita dall'aspirazione del legislatore di adeguare la pena al reale disvalore dei fatti concreti, nella prospettiva di individualizzazione dell'illecito penale e, con esso, della responsabilità dell'agente. Si tratta cioè di uno strumento con il quale si adegua la sanzione al reato e all'agente in un'ottica non solo di prevenzione generale, ma anche rieducativa della pena.

Il nostro ordinamento penalistico prevede varie classificazioni delle circostanze ma quelle che in questa sede interessano sono le seguenti:

- a) circostanze oggettive e circostanze soggettive (art. 70 c.p);
- b) circostanze comuni e speciali.

La circostanza in esame, poiché attiene allo *status* personale di straniero presente illegalmente sul territorio dello Stato, non può che essere qualificata come **circostanza aggravante di tipo soggettivo**, connessa alle "qualità personali del colpevole" e poiché è applicabile indistintamente a qualsiasi fattispecie di reato, a prescindere dal tipo e dalle circostanze di fatto che lo caratterizzano - con un aumento di pena generale e costante fino a un terzo ex artt. 64 e 65 cp -, deve considerarsi una **circostanza aggravante comune**, e ciò anche in ragione della sua collocazione entro l'art. 61 cp.

E' proprio sotto i profili di generalità ed automaticità, tipici delle aggravanti comuni, collegati però ad una "qualità personale del colpevole", che si evidenziano i più gravi dubbi di legittimità costituzionale.

Lo sforzo di tipizzazione della fattispecie penale, grazie alla previsione di elementi accessori del fatto che consentono l'adeguamento della pena al caso concreto, si materializza solo attraverso l'operazione

accertativa del giudice che, come per gli elementi essenziali del reato, deve verificare la presenza delle condizioni di fatto costitutive dell'aggravante.

Ad esempio, nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61, n.9 cp (*"l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto"*), qualificata come aggravante comune soggettiva, perché concerne la qualità personale del colpevole (Cass. Pen. 8/5/1981 su Rep Foro It. 1981, 391) non basta che il soggetto possieda la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio o di ministro di culto, ma occorre che il giudice accerti anche *"l'abuso"* e l'intenzionalità dell'agente di usare il potere oltre i limiti legali. La *ratio* dell'aggravante risiede nell'esigenza di tutela del corretto svolgimento dell'attività, a rilevanza pubblica, svolta da alcuni soggetti.

E ancora, nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 cp (*"l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità"*), anch'essa qualificata come aggravante comune soggettiva, invece, si intende tutelare il dovere di lealtà nei rapporti di lavoro, di convivenza, di famiglia e di ospitalità, cioè in relazioni interpersonali di reciproco affidamento, cosicché al giudice spetta di accertare in concreto non solo la qualità personale dell'agente ma anche l'abuso della stessa e i rapporti tra colpevole e offeso.

Nelle ipotesi richiamate a titolo di esempio, quindi, l'applicazione dell'aggravante comune soggettiva non discende automaticamente dalla condizione o qualità personale dell'agente, ma dalla verifica in concreto che quella condizione abbia effettivamente aggravato la condotta. Solo dopo la valutazione del giudice, sul maggiore disvalore del fatto per la sussistenza di tutti i presupposti dell'aggravante, si perviene all'applicazione dell'aumento di pena.

L'unico caso assimilabile a quello dell'art. 61 n. 11 bis cp, in cui invece l'applicazione della circostanza discende automaticamente dalla condizione dell'agente, è quello della recidiva prevista dall'art. 70 ultimo comma c.p.

Questo istituto però, non è logicamente e giuridicamente equiparabile alla fattispecie *de qua*, in quanto la recidiva presuppone la condanna

dell'agente per una condotta di per sè, ed autonomamente, illecita sul piano penalistico. Ciò che ne giustifica l'automatica applicazione (sul punto vedi *infra* in relazione al potere discrezionale del giudice e al problema dell'automatismo applicativo), indipendentemente dalla relazione della stessa con la fattispecie astratta di reato cui è connessa, si giustifica in ragione del particolare disvalore attribuito dall'ordinamento a chi abbia già commesso altri illeciti penali, perciò accertati dal giudice.

Nel caso dell'aggravante di cui all'art.61 n. 11 bis cp ci troviamo di fronte ad una fattispecie totalmente eccentrica rispetto al sistema e, dunque, irragionevole ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, perché non consente al giudice alcuna valutazione in concreto della connessione tra la qualità di straniero illegittimamente presente nello Stato e la condotta criminale per la quale viene giudicato (come invece avviene per le altre aggravanti comuni soggettive).

Ciò avviene in termini del tutto differenti rispetto al regime previsto nel caso della recidiva - come modificata dalla legge 251 del 2005 - che, come si vedrà oltre, ha indotto il giudice delle leggi (vedi sent. n. 192 del 2007) e il giudice di legittimità (Cass. pen., sent. n. 2606 del 2008) a prospettare un'interpretazione che, per essere rispondente alla Costituzione, esclude qualsiasi automatismo ed impone sempre una valutazione discrezionale del caso e della persona in esame, con possibilità di evitare l'applicazione dell'aggravamento sanzionatorio allorché la maggiore pericolosità non sia ravvisata in concreto.

Il necessario intervento della valutazione del giudice, tale da garantire il rispetto della norma costituzionale invocata, è ulteriormente confermato dalla previsione di talune aggravanti, comuni e speciali, fondate unicamente sulla condizione o qualità personale del colpevole, purchè sia però preventivamente intervenuto un provvedimento del giudice che abbia accertato la pericolosità del soggetto, in forza di specifici provvedimenti che attestino tale qualità.

Ad esempio nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61, n.6 cp ("*l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato*"), comunemente ritenuta di tipo soggettivo, la maggiore gravità del fatto è determinata appunto dalla maggiore pericolosità del soggetto che, "*non piegandosi al potere coercitivo dello Stato*" (Cass. 29 gennaio 1994 De

Feo) si sottrae volontariamente a provvedimenti restrittivi della libertà personale emessi dall'Autorità giudiziaria e, contemporaneamente, commette un altro reato.

Lo stesso avviene nel caso delle circostanze aggravanti previste da specifiche fattispecie di reato o da leggi speciali come ad esempio:

- per l'omicidio (576 cp) e per le lesioni personali (585 cp), le aggravanti di cui agli artt. 576 comma 1 nn. 3 (*"dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza"*) e n. 4 (*"dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione"*);
- per l'estorsione le aggravanti di cui all'art. 629 comma 2 cp (*"La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 1.032 a euro 3.098, se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente"*);
- per la persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione, l'aggravante di cui all'art. 7 della legge n. 575 del 1965 (*"Le pene stabilite per i delitti previsti dagli articoli 336, 338, 353, 378, 379, 416, 416-bis, 424, 435, 513-bis, 575, 605, 610, 611, 612, 628, 629, 630, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 640-bis, 648-bis, 648-ter del codice penale sono aumentate da un terzo alla metà e quelle stabilite per le contravvenzioni di cui agli articoli 695, primo comma, 696, 697, 698, 699 del codice penale sono aumentate nella misura di cui al secondo comma dell'articolo 99 del codice penale se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata"*).

In dette circostanze viene in rilievo il profilo di ragionevolezza sotteso alle aggravanti, consistente nella maggiore offensività della condotta derivante dalla commissione di un reato da parte di un soggetto nei cui confronti è stato già emesso un provvedimento giudiziario che ne ha accertato la pericolosità - anche specifica per l'associato per delinquere o per l'associato a sodalizio criminale di cui all'art. 416 bis cp - (Cass. 29 gennaio 1994, cit.).

Inoltre, è utile aggiungere che il legislatore, al solo fine di garantire le funzioni amministrative preordinate all'espulsione degli immigrati irregolari e di disciplinare in modo rigoroso i flussi

migratori, stabilisce che la medesima condizione soggettiva, come sopra scritto, possa simultaneamente essere da un lato elemento costitutivo dei reati di cui agli artt. 10 bis e 14 comma 5 ter del Testo Unico dell'immigrazione - fattispecie anch'esse che prescindono da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili -; dall'altro circostanza aggravante, così da triplicarne, in astratto, le possibilità di punizione, fatto salvo quanto ritenuto in ordine all'incompatibilità dell'aggravante con i reati di cui agli artt. 10 bis e 14 comma 5 ter t.u. citato.

La disposizione impugnata sembra ulteriormente confermare le considerazioni più volte prospettate dalla Corte Costituzionale, in relazione alla sproporzione e alla irragionevolezza della legislazione interna sulla condizione dello straniero irregolare, e si scontra frontalmente con l'orientamento nuovamente espresso dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 22 del 2007, sentenza nella quale, dopo essersi premesso che il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale 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 ne' 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"*, si dà atto che le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento alla disciplina del Testo Unico sull'immigrazione, per come modificato dalla Legge n. 271 del 2004, in comparazione con altre norme penali *"può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica, senza dimenticare peraltro che il reato di indebito trattenimento 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 dei soggetti responsabili."*, per concludere con un significativo monito, proprio in relazione al profilo sanzionatorio, in forza del quale: *"Occorre tuttavia riconoscere che il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale,*

risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa".

Si ritiene che proprio il divieto di discriminazioni soggettive costituisca il contenuto del principio generale d'uguaglianza ed eventuali trattamenti differenziati sono compatibili con l'art. 3 Cost. solo se ragionevolmente giustificati. Nel caso in esame la motivazione dell'aggravamento sanzionatorio è data dalla presunzione assoluta, *iuris et de iure*, della maggiore capacità a delinquere dello straniero extracomunitario e dell'apolide per il solo fatto di trovarsi irregolarmente nel territorio dello Stato. Una motivazione che, ad avviso del remittente, proprio in quanto determina una disparità soggettiva incidente sulla pari dignità umana e sulla libertà personale, nel suo risvolto costituito dal trattamento sanzionatorio, non può superare lo scrutinio di ragionevolezza che deve essere tanto più intenso e più rigoroso quanto più è rilevante, come nella specie, il diritto su cui incide.

Contro una indiscriminata generalizzazione su base soggettiva, ancorata ad una condizione di svantaggio sociale dell'autore del reato, si veda il percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 519 del 1995 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.670, primo comma, del codice penale e che si riporta testualmente perché utilizza motivazioni, legate alla figura del cd mendicante non invasivo, perfettamente sovrapponibili alla condizione dello straniero non comunitario irregolare nel nostro Paese: *"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 non 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 in una 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. Ma la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo imminente 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.... In questo quadro, la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, "con qualche riflesso sull'ordine pubblico" (sentenza n. 51 del 1959), può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta di aiuto".

Così come richiesta di "aiuto" può essere definita quella degli extracomunitari provenienti da Paesi segnati dalla guerra, dalla carestia, dalla povertà, dalla violenza di feroci dittature, da disastri ambientali, da persecuzioni.

2.2.1 - L'art. 3 della Costituzione e il divieto di discriminazione contenuto nella Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo (CEDU) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd Carta di Nizza)

Ad acuire ulteriormente il problema, sotto il profilo della irragionevolezza dell'art. 61 n. 11 bis cp in relazione all'art. 3 della Costituzione è, ad avviso del remittente, la circostanza che con una norma, qualificata come interpretativa, siano stati esclusi, dal novero dei soggetti cui si applica l'aggravante in esame, i cittadini dell'Unione Europea.

Infatti, stabilito che anche il cittadino comunitario può trovarsi illegalmente nel territorio dello Stato (si veda l'art. 235 cp come modificato ai sensi del D.L. 92/2008, convertito nella L. 24 luglio 2008 n. 125, nonché il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" che configura delle

ipotesi di illegale presenza in Italia), non è dato comprendere perché **a parità di illegale presenza** (si pensi, ad es., alla situazione di due persone entrate in Italia in violazione di un precedente provvedimento di espulsione/allontanamento) il reato commesso dal cittadino extracomunitario o dall'apolide vada punito più gravemente di quello commesso dallo straniero cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea.

La norma di "interpretazione autentica" sopra richiamata, introdotta dal citato comma 1 dell'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94, è stata opportunamente inserita per evitare censure in sede comunitaria, specie alla luce del parere reso in materia dal Parlamento Europeo il 15 settembre 2008¹ in cui si afferma *"un'aggravante della pena inflitta per la commissione di un reato, fondato esclusivamente sulla qualità di cittadino europeo non nazionale e non in regola con il permesso di soggiorno, sarebbe discriminatorio e contrario ai criteri ispiratori della direttiva 2004/38 ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia"*.

Si fa sostanzialmente discendere da un dato estrinseco, del tutto estraneo alla persona, come quello dell'ingresso del Paese di appartenenza all'Unione Europea o ad altra collocazione geografica, l'applicabilità di una norma penale, e sempre a prescindere dall'accertamento della sua concreta ed effettiva pericolosità.

E' un principio giuridico acquisito che le differenze di trattamento sono legittime se superano uno scrutinio di ragionevolezza della scelta legislativa. Nel caso di specie, invece, proprio in forza della "norma di interpretazione autentica" si attua una doppia irragionevole disparità di trattamento del cittadino extracomunitario illegalmente presente nel Paese (e dell'apolide): nei confronti del cittadino italiano e nei confronti del cittadino di altro Paese membro dell'Unione Europea.

Il sopra citato richiamo del legislatore europeo, e la norma interpretativa che ne è conseguita, offrono al Giudice remittente l'opportunità di alzare il livello argomentativo su un piano sovranazionale, in cui l'interpretazione del contenuto della tutela dei diritti fondamentali deve essere necessariamente sistemica e reticolare (anche in virtù del polmone aperto con l'art. 117/1 della

¹Cfr l'Avis Juridique del Parlamento Europeo avente ad oggetto "Eventuelle criminalisation de l'immigration illegale, aggravation de la peine, compatibilité avec le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux, pag.5

Costituzione), in un confronto continuo tra la dimensione costituzionale dello Stato, quella della Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo (CEDU), così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, e quella dell'Unione Europea (con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cd Carta di Nizza²).

Ciò che assume rilievo in questo nuovo panorama integrato delle fonti, in cui il giudice ordinario nazionale è chiamato ad agire su un piano "multilivello dei diritti", la lettura dell'art. 3 della Costituzione Italiana deve avvenire anche in combinato disposto con il principio di non discriminazione, suo diretto risvolto, che costituisce il nucleo centrale di tutte le Carte sovranazionali e può ritenersi patrimonio della comunità umana. Detto principio, oltre ad essere sancito nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 agli artt. 2 e 7 e nel Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici all'art. 2 (vedi *infra*), in **ambito europeo** è consacrato:

a) nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il cui art. 14 afferma: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato **senza nessuna discriminazione**, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, **l'origine nazionale** o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, **la nascita o ogni altra condizione**".

Oltretutto, come sostenuto dagli stessi giudici di Strasburgo, tale principio "è profondamente radicato nella giurisprudenza della Corte"³;

b) nell'art. 1 del XII Protocollo Addizionale: "1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

² Carta di Nizza recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *E. B. c. Francia*, sentenza del 22 gennaio 2008, par. 48.

2. Nessuno può costituire oggetto di una discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica che sia fondata segnatamente sui motivi menzionati nel par. 1")⁴.

Detto Protocollo viene qui segnalato - ancorché l'Italia lo abbia firmato ma non ratificato - per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei (si veda in questi termini il richiamo ad esso contenuto nella sentenza della Corte Cost. N. 393 del 2006);

c) nella Carta Dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, cd Carta di Nizza, il cui Capo III (titolato UGUAGLIANZA) prevede l'Articolo 20: "Tutte le persone sono uguali davanti alla legge" e l'art. 21: "1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi").

Il rilievo del principio è tale che il sistema integrato allarga la rosa dei destinatari che ne devono garantire il rispetto, affinché si facciano essi stessi strumento efficace di ampliamento della tutela. E' la Corte Costituzionale, in questa logica ed in questa prospettiva, a disegnare il nuovo ruolo reticolare dei protagonisti di questa attività di collegamento di norme e di fonti che "è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU - nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi

⁴ Protocollo aperto alla firma, a Roma, il 4 novembre 2000 in occasione del cinquantesimo anniversario della CEDU ed entrato in vigore il 1 aprile 2005 dopo essere stato ratificato, come richiesto a tal fine dal suo art. 5, da 10 Stati (tra cui non vi è l'Italia). In alcune sentenze la Corte, e soprattutto i giudici dissenzienti, vi hanno fatto riferimento per evidenziarne la differente portata rispetto alla clausola anti-discriminatoria di cui all'art. 14 CEDU (cfr., in particolare, l'opinione comune parzialmente dissenziente dei giudici Casadevall, Hedigan, Mularoni, Fura-Sandstrom, Gyulumyan e Spielmann, annessa alla sent. 6 luglio 2005, Grande Camera, Nachova c. Bulgaria, nonché l'opinione parzialmente concorrente dei giudici Costa, Jungwiert e Traja, annessa alla sent. 26 febbraio 2002, Frettè c. Francia).

dell'art. 32 della Convenzione - l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali." (così Corte Cost. sent. 317/2009).

In sostanza il principio di uguaglianza e di non discriminazione, per come trasfuso nelle Carte, con il suo connotato fondante e vincolante del diritto comunitario⁵, si traduce nel divieto di "trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale".

Non sfugge che, sia nel sistema costituzionale interno che in quello europeo, l'obiettivo perseguito è sì quello di promuovere l'uguaglianza di fatto, ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza. Cosicché, nel caso in cui un trattamento sia sospettato, come nella specie, di generare risvolti (diretti o indiretti) discriminatori, le ragioni addotte per giustificarlo dovrebbero essere ancora più fondate e, soprattutto, necessarie.^{6 7}

Il problema è, dunque, quello di accertare se, in relazione all'articolo 61 n. 11 bis cp, avuto riguardo alla lettura integrata dell'art. 3 Cost con i principi sovranazionali richiamati, esista una obbiettiva e

⁵ Principio riconosciuto dalla Corte di Giustizia: vedi sentenze 283/83, Racke, ECR (1984) 3791; C-292/97, Karlsson; 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Caballero (Racc. pag. I-11915, punti 30-32), 25 novembre 1986, cause riunite 201 e 202/85, Klensch (Racc. pag. 3477, punti 9-10); 14 luglio 1994, causa C-351/92, Graff (Racc. pag. I-3361, punti 15-17); e 17 aprile 1997, causa C-15/95, EARL de Kerlast (Racc. pag. I-1961, punti 35-40).

⁶ Si citano al riguardo, nell'esame di trattamenti dai quali possano derivare discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, sul sesso o sulla nascita al di fuori di vincoli coniugali, le seguenti sentenze della **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**, *Burghartz c. Svizzera*, sentenza del 22 febbraio 1994, in Serie A, n. 280- B, par. 27; *Karlheinz Schmidt c. Germania*, sentenza del 18 luglio 1994, in Serie A, n. 291-B, par. 24; *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998 in Raccolta 1998-II, p. 587, par. 37; *Inze c. Austria*, sentenza del 28 ottobre 1987, in Serie A, n. 126, par. 4; *Mazurek c. Francia*, caso n. 34406/97, sentenza dell'1 febbraio 2000, par. 49; *Sommerfeld c. Germania*, caso n. 31871/96, sentenza dell'8 luglio 2003, par. 93. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *L. and V. c. Austria*, sentenza del 9 gennaio 2003, par. 45; *S.L. c. Austria*, caso n. 45330/99, sentenza del 9 gennaio 2003; *Karner c. Austria*, caso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2003, par. 37.

⁷ Sul principio di non discriminazione nella giurisprudenza della **Corte di Giustizia Europea** da ultimo C. giust. CE, 1° ottobre 2009, C-103/08, Gottwald, punti 23-28; CE, 26 ottobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, punto 72, nonché in relazione alla decisione quadro in tema di mandato d'arresto europeo, C. giust. CE, 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*

ragionevole giustificazione al più grave trattamento penale applicato all'autore di un reato per la sua condizione di persona illegalmente presente nello Stato.

Significative al riguardo sono le pronunce della Corte di Strasburgo secondo le quali l'articolo 14 CEDU non vieta qualsiasi distinzione di trattamento nell'ambito dei diritti e delle libertà sanciti, "ma vieta un trattamento discriminatorio basato, o motivato, su una caratteristica personale («situazione») attraverso la quale delle persone o gruppi di persone si distinguono gli uni dagli altri" ⁸(testualmente Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° dicembre 2009 - ricorso n.43134/95; § 116 G.N. c.Italia).

Si ritiene che, nella specie, non solo manchi una proporzionalità tra fini (esigenza statale di controllo dei flussi migratori e irrigidimento punitivo nei confronti di soggetti presenti illegalmente nello Stato) e mezzi (aggravamento della pena per fatti estranei alla presenza illegale), ma più ancora il rispetto del principio di uguaglianza inteso come trattamento di situazioni analoghe (rectius: identiche) in maniera analoga (rectius: identica). Infatti, il medesimo fatto-reato, che rende le situazioni tra loro appunto identiche, e non analoghe, viene punito in modo differente in ragione soltanto della presenza - o meno - di una "caratteristica personale" del suo autore.

Infine, quello che, in astratto, potrebbe sembrare il fine legittimo di uno Stato, ovverosia il perseguimento rigoroso dell'immigrazione clandestina, in realtà, proprio per la esclusione dei cittadini comunitari irregolari dall'applicabilità dell'aggravante, rende quel fine apparente o inidoneo perché tende a perseguire e criminalizzare, peraltro solo in via mediata, l'irregolarità non di tutti, ma di alcuni.

2.3 - Violazione del principio di ragionevolezza anche in relazione all'art. 13 della Costituzione ed alla valutazione della pericolosità sociale.

Il decreto legge n. 92 del 2008, come convertito, con la previsione impugnata ha ulteriormente aggravato la disciplina sanzionatoria, nonostante l'indicazione contenuta nella sopra citata sentenza n. 22 del

⁸ Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca, 7 dicembre 1976, § 56, serie A n. 23; Jones c. Regno Unito (dec.), n. 42639/04, 13 settembre 2005

2007 della Corte Costituzionale, che aveva richiamato il legislatore ad avvedersi degli squilibri denunciati dai giudici remittenti per invitarlo ad *"un intervento legislativo che ben più efficacemente potrebbe ripristinare un sistema sanzionatorio dagli equilibri compatibili coi valori costituzionali evocati. In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate"*. Infatti l'aggravante contestata sancisce sostanzialmente un'ipotesi di presunzione *ex lege* di pericolosità del soggetto, tale da imporre un aumento di pena fino ad un terzo, rispetto alla pena del reato cui accede e a prescindere da una qualsiasi valutazione in concreto da parte del giudice, cosicchè deve essere sottoposta ad uno scrutinio rigoroso di compatibilità anche rispetto all'art. 13 della Costituzione che sancisce un diritto inviolabile dell'uomo, cittadino o straniero che sia (così la sentenza n. 58 del 1995 della Corte Costituzionale, al punto 3 del Considerato in diritto, e la sentenza n. 62 del 1994 che, con riferimento alla libertà personale, stabilisce che *"il principio costituzionale di uguaglianza in generale non tollera discriminazioni tra la posizione del cittadino e quella dello straniero"*).

La norma penale, nella specie l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis cp, potrà sacrificare o comprimere detto diritto purchè sia sostenuta dal perseguimento o dalla realizzazione di altri interessi di pari rango costituzionale (sentenze della Corte Costituzionale 63/1994, 81/1993, 368/1992, 366/91), dei quali, però, nella specie, non si riesce ad intravedere il fondamento.

Il controllo del fenomeno migratorio illegittimo, infatti, ammesso che rientri tra gli interessi di rango costituzionale e non di mera politica del diritto, non sembra comunque equiparabile a quello della tutela della libertà personale - intesa come protrazione della condizione di restrizione - in relazione a categorie di soggetti la cui pericolosità sociale non è in alcun modo dimostrata.

Che la pericolosità sociale dello straniero illegittimamente presente nello Stato non possa essere presunta è altresì confermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 58 del 1995 in cui il giudice remittente dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 86, primo comma, del decreto del Presidente

della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (*"nella parte in cui obbliga il giudice a emettere, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione dallo Stato, eseguibile a pena espiata, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati previsti dagli articoli 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, precludendogli, in forza dell'art. 164, secondo comma, n. 2, c.p., la concessione della sospensione condizionale della pena inflitta"*), ha ritenuto irragionevole l'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero *"senza l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale contestualmente alla condanna"* (così nel dispositivo della citata pronuncia).

Se, dunque, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la disposizione sopra menzionata, perché fondata sul solo presupposto legale della condizione di straniero del condannato, per la determinazione presuntiva della pericolosità sociale di questi, a maggior ragione ciò deve valere con riferimento all'ipotesi di specie in cui non viene in rilievo, sulla base del medesimo presupposto, l'applicazione di una misura di sicurezza personale, ma la quantificazione stessa della pena.

Sotto il profilo della ragionevolezza va ancora osservato che secondo la Corte Costituzionale *"la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità"*; ma tale discrezionalità incontra un insuperabile limite *"costituito appunto dalla conformità a Costituzione, ovvero sia dalla non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative operate"* (si vedano, per tutte, la sentenza n. 148 del 2008, la sentenza n. 206 del 2006 e l'ordinanza n. 361 del 2007).

La motivazione della richiamata sentenza n. 58 del 1995 della Corte Costituzionale consente appunto di affermare che la non ragionevolezza dell'aggravante in esame discende proprio dal profilo aprioristico di pericolosità che introduce, senza alcun accertamento della sua sussistenza in concreto, ragion per cui appare inidoneo il richiamo, a sua giustificazione, di altri "interessi pubblici" da tutelare, quali il presidio della sicurezza dei cittadini o dell'ordine pubblico.

2.3.1 Tre situazioni di evidente irragionevolezza

- 1) In conformità all'orientamento recentemente assunto dalla Suprema Corte a Sezioni Unite⁹, in tema di successione di elementi normativi, la valutazione di irregolarità del soggiorno dovrà riguardare la situazione giuridica dello straniero al momento del fatto, **diventando irrilevante ogni modifica successiva**. Cosicché l'aggravante in esame resterà comunque applicabile anche se, in seguito, il cittadino extracomunitario irregolarmente presente alla data di consumazione del reato abbia ottenuto un valido permesso di soggiorno, tanto da far venire meno la ragione presuntiva della sua pericolosità;
- 2) nello stesso senso si potrebbe porre, con effetti giuridicamente paradossali, il caso dell'extracomunitario irregolare che faccia ingresso in Italia per avanzare domanda di asilo costituzionale (o di rifugio o di protezione sussidiaria o di permesso di soggiorno per motivi umanitari) e nelle more del perfezionamento del relativo procedimento commetta un reato comune. In questo caso, stante la natura soggettiva dell'aggravante, connessa ad una condizione che non consente margini di apprezzamento da parte del giudice, la stessa dovrebbe essere applicata. Ma se la qualità di asilante o di rifugiato dovesse essere successivamente riconosciuta, ciò renderebbe l'ingresso o il soggiorno regolari fin dall'inizio (articolo 10/3 Costituzione e art. 31 della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28.7.1951, ratificata e resa esecutiva con legge 24.7.1954, n. 722 che sancisce il principio del *non refoulement*), con la conseguenza che sarebbe stata nel frattempo applicata dal Giudice penale - ma non dal giudice di Pace che è tenuto, invece, a sospendere il processo ex art. 10 t.u. immigrazione - un aggravamento di pena vietato dall'ordinamento.
- 3) Si ipotizzi, infine, che autore del reato sia un extracomunitario minore non accompagnato. Come è noto, tra le deroghe apportate alla disciplina dell'immigrazione, in nome della tutela del minore, vi è quella del divieto di espulsione (art. 19 del d.lgs 286/1998), salvo che questa misura sia disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13 comma 1). A prescindere dall'essere entrato irregolarmente, il minore ha

⁹ Sez Un. sentenza del 27 settembre 2007, in CED Cass. 238197, ove si afferma che l'ingresso della Romania nell'U.E. il 1/1/2007 non comporta il venir meno della punibilità dei rumeni che prima di quella data si erano resi responsabili del reato di inottemperanza all'ordine di espulsione

diritto di soggiornare sul territorio dello Stato, usufruendo di uno speciale permesso di soggiorno temporaneo, proprio per consentire quegli interventi protettivi che il legislatore ha introdotto in attuazione della Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo (ratificata dall'Italia con la L. 176/1991). Da ciò consegue che l'aggravante in esame o non può essere contestata agli autori dei reati extracomunitari irregolari minorenni, perché per essi la permanenza nel territorio nazionale è comunque consentita, o che, ove contestata, contrasterebbe in modo insanabile con la disciplina in materia di immigrazione minorile che, infatti, nel minore straniero irregolare vede un soggetto vulnerabile da proteggere e non una minaccia per lo Stato.

2.4 - Violazione dell'art. 25 comma 2 della Costituzione

Se le circostanze aggravanti comuni costituiscono una variante di intensità dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato cui accedono, ne consegue che anche rispetto ad esse va accertato se rispondono al principio di offensività (si vedano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 265 del 2005 e 519 del 2000), di necessarietà e di sussidiarietà del diritto penale, corollari del principio di legalità sancito dall'art. 25 della Costituzione.

A questo riguardo è utile richiamare la sentenza della Corte Costituzionale n. 409 del 1989 lì dove afferma che *"il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale l'ambito del penalmente rilevante"*.

Proprio il legame indissolubile che deve sussistere tra sanzione penale e commissione di un fatto offensivo, anche alla luce della "individualizzazione" della pena (vedi *infra*), impone al giudice la valutazione, in concreto, della incidenza della qualità personale dell'agente sulle specifiche esigenze dei singoli casi, al fine di evitare la punizione di una pericolosità presunta e l'adesione ad una ormai definitivamente tramontata concezione del "tipo normativo d'autore", volta a cogliere la tipologia etico-politica degli autori del

fatto-reato rispondendo alle esigenze sentite e rappresentate dalla coscienza sociale.

Se, come nella specie, l'aumento di pena è applicato all'agente per la sola condizione di extracomunitario (o apolide) presente illegalmente nello Stato, quindi automaticamente in forza di un mero *status* personale, viene meno il principio verso cui è diretto il nostro sistema penalistico che fonda anche la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale e non su un "a priori" elevato a presunzione di pericolosità.

E' evidente, infatti, che, in concreto, il giudice, sulla base dell'art. 61 n. 11 bis c.p., è oggi tenuto ad accertare solo se esista il dato oggettivo della presenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato, ma non anche se e come questo incida sulla fattispecie base, tanto da aggravarne concretamente l'offesa. A conferma di questo inevitabile indirizzo interpretativo si legga la recentissima sentenza della III Sezione penale della Corte di Cassazione (n. 4406 del 26 novembre 2009 - depositata il 2 febbraio 2010) secondo la quale la configurabilità dell'art. 61, n. 11 bis cod. pen. prescinde da qualsiasi nesso tra il reato e lo stato di illegale permanenza dell'agente nel territorio nazionale.

La illogicità ed irragionevolezza di detta conclusione è evidente.

Nei reati colposi o nei reati dolosi come l'ingiuria, gli atti osceni in luogo pubblico, la violazione degli obblighi di assistenza familiare o la violazione di domicilio - come nella specie -, e si potrebbe proseguire, l'aggravamento della sanzione penale in forza dell'art. 61 n. 11 bis cp è diretta conseguenza della condizione personale dell'autore del reato, e questo senza che sia dato al giudice di ricercare:

- una correlazione con una maggiore carica offensiva del fatto,
- un rapporto tra il reato e la situazione di irregolare presenza sul territorio dello Stato del suo autore,
- una diversa percezione dalla persona offesa che, peraltro, verosimilmente, come nel caso sottoposto all'esame del remittente, non conosce la condizione di irregolarità dell'agente o la sua provenienza geografica.

In questi casi - e si sottolineano in particolare quelli in cui la condotta è meramente colposa - che il fatto sia commesso da un cittadino italiano o da un cittadino dell'Unione Europea regolare o irregolare, o da un cittadino extracomunitario regolare o irregolare, o da un apolide,

non determina alcuna incidenza ulteriore, né sul bene giuridico protetto dalla norma penale, né sulla particolare pericolosità dell'agente, né sulla vittima. Ciononostante comporta un aumento di pena solo per due delle categorie elencate di soggetti: il cittadino extracomunitario irregolare e l'apolide. Il disvalore del fatto prescinde quindi da chi lo commette ma è questi, per la sua specifica condizione personale, ad essere destinatario di un irragionevole e discriminatorio aggravamento della sanzione penale, mentre basterebbe tenerne conto nella quantificazione della pena, ai sensi degli artt. 133 (in particolare il II comma n. 4) e 133 bis cp, allorché la irregolarità sia concretamente incidente sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere dell'agente.

Al riguardo si richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 354 del 2002 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 688, secondo comma, del codice penale¹⁰, proprio stigmatizzando in detta disposizione *"una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato che, nella sua accezione astratta, costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte (sentenze n. 263 del 2000 e n. 360 del 1995). Tale limite, desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale"*.

Mutatis mutandis ciò deve valere anche nel caso in esame in cui costituisce aggravante, tale da determinare l'aumento di pena, la condizione di "clandestinità" dello straniero, del tutto sconnessa dal concreto contenuto offensivo del reato base e che finisce col punire non tanto la irregolarità in sé (che infatti è penalmente perseguita dall'art. 10 bis t.u. immigrazione), quanto una qualità personale del soggetto.

Se si volesse ritenere che la condizione di clandestinità dell'autore del reato sia di per sé sufficiente a determinare una maggiore dannosità del

¹⁰ Art. 688 cp *"1. Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309.*

2. La pena è aumentata se l'ubriachezza è abituale. 2 La pena è dell'arresto da tre a sei mesi se il fatto è commesso da chi ha già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale».

fatto si ricadrebbe, come sopra sostenuto, nell'accoglimento della concezione etico-sociale del "tipo normativo d'autore" rifiutata dal nostro ordinamento costituzionale e penale (sull'incongruità dell'aggravamento legato genericamente alla qualità personale si vedano anche le sentenze della Corte costituzionale n. 14 del 1971 e n. 370 del 1996, relative agli artt. 707 e 708 c.p.).

2.5 - Violazione dell'art. 27 Cost. sotto il profilo del principio della personalità della responsabilità penale, del principio di proporzionalità della pena, del principio rieducativo della pena,

L'art. 61 n. 11 bis cp quindi conduce a punire diversamente fatti tra loro oggettivamente identici e che si differenziano solo per lo *status* personale di chi li abbia commessi, cioè solo per la circostanza che l'autore sia, oppure no, uno straniero presente irregolarmente nel territorio italiano. Questo dato contrasta con il principio della personalità della responsabilità penale, della proporzionalità della pena e della sua funzione rieducativa.

Contrasta con il **principio della responsabilità penale personale** sancito dall'art. 27 Cost. comma I in quanto con l'aggravante in esame all'agente si rimprovera non un'attitudine delinquenziale, ma una qualità personale, così punendosi più gravemente un tipo di autore: l'extracomunitario "irregolare".

Se per i motivi sopra esposti si esclude una valutazione in concreto da parte del giudice, non può neanche essere sondato il grado di partecipazione psichica del soggetto rispetto alla sua condizione di irregolare presenza in Italia, nonostante la clausola di apertura del "giustificato motivo" contenuta nella disposizione di cui all'art. 14 comma 5 ter TU immigrazione e riempita di contenuto dalla giurisprudenza costituzionale.

Omettendosi qualsiasi accertamento in concreto viene meno anche "l'uguaglianza di fronte alla pena" intesa come "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, in violazione dell'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che individualizzi le pene inflitte (vedi sent. n. 50 del 1980) al fine di evitare che la funzione aggravatrice della pena possa soddisfare solo esigenze generali di prevenzione e di difesa

sociale, che prescindono dalla valutazione della personalità del condannato.

Contrasta con il **principio rieducativo della pena** sancito dall'art. 27 comma III della Costituzione nella prospettiva della finalizzazione della sanzione al recupero sociale dell'agente e al suo reinserimento nel circuito della legalità.

Sul punto non vi è dubbio che vi sia un ampio ambito di discrezionalità del legislatore, ma allorché, come nella specie, non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza per i motivi sopra prospettati, la sanzione diventerà per ciò solo irrazionale ed arbitraria (cfr., tra le numerose decisioni della Corte Costituzionale, la sent. n. 72 del 1980 e la sent. n. 103 del 1982).

Prevedere un aumento di pena fino ad un terzo per essere l'autore del fatto uno straniero illegalmente presente sul territorio dello Stato, senza che ciò determini alcuna maggiore offensività concreta del fatto reato (il cui accertamento è peraltro preclusa al giudice) e senza che ciò costituisca un indice concreto di pericolosità dell'agente, frustra la finalità rieducativa della pena perché non vi è un ragionevole rapporto tra la sua maggiore severità ed effettiva entità del reato.

In conclusione l'aggravante in esame, da un lato non realizza la finalità retributiva e generalpreventiva perché non consente di adeguare la pena alla specificità del caso concreto e, anzi, impone, un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed inadeguato alla gravità del caso; dall'altro lato non realizza la finalità specialpreventiva e rieducativa della pena poiché una sanzione siffatta non agevola il reinserimento sociale dell'agente né lo riconduce nell'ambito della legalità, anche amministrativa.

Ciò vale a maggior ragione nel caso in esame in cui, in violazione anche del principio di uguaglianza di fronte alla pena, il trattamento sanzionatorio astrattamente previsto per Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid, illegalmente presenti in Italia ma non attinti da provvedimento espulsivo, è identico a quello previsto per Benabbou Abdelouahed che è anch'egli irregolarmente in Italia ma non ha ottemperato all'ordine di espulsione (reato quello di cui all'art. 14 comma 5 ter T.U. immigrazione non contestato dal PM).

Ne deriva un'irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento penale per effetto della quale, in dipendenza della condizione di irregolare in cui versa l'autore, fatti oggettivamente

identici o analoghi sono sottoposti a pene sensibilmente diverse e fatti oggettivamente diversi sono sottoposti alla medesima pena. Solo l'adeguamento del trattamento punitivo alla specificità del caso concreto consente di assicurare un'effettiva eguaglianza di fronte alle pene, contribuisce a rendere «personale» la responsabilità penale e a finalizzare la pena alla rieducazione del condannato.

In questa logica è utile ricordare che il Giudice delle leggi con la sentenza 192 del 2007, in relazione al problema della obbligatorietà o meno della recidiva reiterata e del divieto per il giudice di procedere al giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti, ha escluso l'automatismo oggetto di censura, fondato su una presunzione assoluta di pericolosità sociale, stabilendo che *"conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa"*, il giudice deve applicare *"l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo"*.

Degna di puntuale richiamo è, infine, la sentenza n. 78 del 2007 in cui il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della Legge 354/1975 ove interpretati nel senso che allo straniero entrato irregolarmente nel territorio dello Stato o, in ogni modo, privo del permesso di soggiorno, fosse precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste. L'esclusione dalle misure alternative alla detenzione dei cittadini extracomunitari presenti irregolarmente sul territorio dello Stato era, ad avviso della Corte Costituzionale, in contrasto con i valori sanciti dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione mancando nel nostro ordinamento costituzionale un'incompatibilità concettuale tra le misure alternative e il soggiorno irregolare, giacché la mancanza di un titolo abilitativo al soggiorno, di per sé, non è sintomatica, in modo univoco, né di una particolare pericolosità sociale, che sarebbe, quindi, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa; né della sicura assenza di un collegamento con il territorio, che garantisse la proficua applicazione della misura medesima.

A prescindere dal fatto che il legislatore potrebbe, in linea teorica, distinguere le forme sanzionatorie previste nel caso di stranieri irregolari, ad avviso della Corte comunque non gli consentirebbe di spingersi fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative in termini automatici, così come era stato prospettato dalla Corte di Cassazione. Un simile divieto contrasterebbe, secondo il Giudice delle leggi, con i valori ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla base del principio dell'uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento, a seconda della liceità o meno della presenza nel territorio nazionale. Ragionare in termini diversi determinerebbe, ad avviso della Corte, che la finalità repressiva finirebbe per annullare quella rieducativa.

Già prima della pronuncia citata la Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza del 28 marzo 2006, imp. Aloussi aveva stabilito il seguente principio di diritto in ordine al quesito interpretativo sottoposto al suo vaglio: *"In materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno"*. L'iter argomentativo della Corte di Cassazione partiva dai preminenti valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27 Cost., comma 3), che costituiscono la chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative. Queste non possono essere escluse, a priori, nei confronti dei condannati stranieri che versino in condizione di clandestinità o di irregolarità e siano, perciò, potenzialmente soggetti ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena.

D'altra parte la finalità rieducativa e risocializzatrice, propria delle misure alternative alla detenzione, riguarda tutti coloro che si trovano ad espiaire pene inflitte dal Giudice italiano in istituti italiani, senza differenziazione di nazionalità, non esistendo alcuna incompatibilità tra l'espulsione da eseguire a pena espia e le varie opportunità trattamentali che l'ordinamento offre, dirette a favorire il reinserimento del condannato nella società, posto che, in un'ottica

transnazionale, "la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici, ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale" (Cass., Sez. 1[^], 05/05/1982, Schubeyr, rv. 154508; Sez. 1[^], 31/01/1985, Ortiz, rv. 168034; Sez. 1[^], 13/12/1993, Mirbaki, rv. 196251; Sez. 1[^], 03/10/1995, Padilla Chavez, rv.202621).

Da ultimo, in ordine al presente parametro di costituzionalità, va segnalato che l'art. 2 comma 1 lettera m) della L. 125/2008 di conversione, modifica l'**art. 656 comma 9 lettera a) c.p.p.**, escludendo dall'applicabilità della sospensione dell'esecuzione della pena - quando la sanzione non superi i tre anni di pena detentiva - , i delitti in cui ricorre l'aggravante dell'art. 61 comma n. 11 bis c.p., a prescindere, in ragione del carattere oggettivo dell'esclusione, dal bilanciamento con altre circostanze avvenuto in sede di determinazione della pena.

Detta modifica si pone in evidente contrasto con le argomentazioni e le conclusioni, attente alle esigenze di natura general-preventiva o special-preventiva, poste a fondamento delle sopra citate sentenze della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, così violando non solo l'art. 27 della Costituzione ma anche il principio di uguaglianza.

2.6 - Violazione dell' art. 10/1 Cost (il diritto internazionale consuetudinario)

Il piu' grave trattamento sanzionatorio riservato ad extracomunitari e apolidi irregolarmente presenti sul territorio italiano, allorchè commettano qualsiasi tipo di reato, genera una evidente discriminazione basata sulla nazionalità/cittadinanza del soggetto che, ad avviso del giudice remittente, contrasta ex art. 10/1 Cost. con le norme di diritto internazionale consuetudinario, come il **Patto internazionale sui diritti civili e politici** (firmato a New York il 16.12.1966, reso esecutivo in Italia con L 881 del 25.10.1977 ed entrato in vigore in Italia dal 15.12.1978) e **la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo** (approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948).

Si ritiene che il principio di non discriminazione per ragioni connesse alla cittadinanza costituisca, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, un principio divenuto patrimonio riconosciuto ed irrinunciabile della Comunità internazionale.

Si legge in particolare:

- a) nell'**art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici** che: "1. Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione";
- b) nell'**art. 14** che: "1. Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia"... e al comma 3 che: "Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza...";
- c) nella **Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo** in relazione all' **art. 2** "1. Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.
2. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene, sia che tale Paese o territorio sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi altra limitazione di sovranità";
- d) nell'**art. 7**: "Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un'eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad un'eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione".

Proprio in relazione a questo profilo si richiama il discorso recentemente tenuto dall' Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, Ms. Navanethem Pillay al Senato della Repubblica Italiana il 10/3/2010: "Continuo anche a essere preoccupata dalle misure

contenute nel Pacchetto sicurezza italiano, che rende lo status irregolare di un migrante una circostanza aggravante per un reato comune".

Se anche non si volessero ritenere dette disposizioni internazionali vincolanti per il nostro Paese, non assumendole «in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi», va ricordata la forza giuridica che la Corte Costituzionale ha loro riconosciuto allorchè riguardino, come nella specie, i diritti fondamentali della persona (sentenze n. 62 del 1992; n. 168 del 1994; n. 109 del 1997; n. 270 del 1999, n. 393 del 2006). In particolare, a proposito del Patto di New York, con la sentenza n. 15 del 1996 si è affermato che alle sue norme va attribuita "grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione".

In conclusione, tutte le fonti sovranazionali richiamate sono accomunate nel sancire il divieto di discriminazione derivante dall'appartenenza nazionale del soggetto e, allo stesso tempo, nel non individuare un diritto di rango analogo idoneo a comprimerlo.

Sulla base delle sopra riportate argomentazioni, l'aggravante dell'art. 61 comma 11 bis cp non appare conforme ai parametri costituzionali indicati e li viola.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza;

solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11 bis c.p. per violazione degli articoli 3, 13, 25, secondo comma, 27 primo e terzo comma, art. 10 primo comma della Costituzione,

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Sospende il giudizio in corso.

Ordina che la presente ordinanza sia notificata, a cura della cancelleria, al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata al Presidente del Senato della Repubblica e al Presidente della Camera dei Deputati.

Latina 27 aprile 2010

IL GIUDICE
Paola Di Nicola