



[Immigrazione](#) / [Giustizia](#)

## DISCRIMINATI PERCHÉ CLANDESTINI

di [Gian Luigi Gatta](#) 12.05.2009

*La lotta all'immigrazione clandestina dichiarata con il pacchetto sicurezza ha portato all'introduzione nel codice penale di un'aggravante per i reati commessi dai "clandestini". Lo stesso reato, quale che sia, è considerato dalla legge più grave ed è punito più severamente se a commetterlo è uno straniero irregolare. Si tratta di un'irragionevole discriminazione fondata su una mera condizione personale, in sprezzo del principio costituzionale di uguaglianza.*

Il nuovo articolo 61 n. 11 *bis* del codice penale, inserito dal DI 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008 n. 125, configura come circostanza **aggravante comune**, riferibile cioè a un numero indeterminato di reati e comportante un aumento della pena fino a un terzo, "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova **illegalmente** sul territorio nazionale".

In virtù di questa disposizione sono più gravi, rispetto ai reati commessi dai cittadini italiani o dagli stranieri *legalmente* presenti in Italia, quelli commessi dagli **stranieri** illegalmente presenti in Italia. È a costoro, infatti, che si riferisce l'aggravante: i cittadini italiani, ai quali l'articolo 16 della Costituzione garantisce la libertà di soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, non possono infatti trovarsi illegalmente nel proprio Paese.

### L'AGGRAVANTE DELLA "CLANDESTINITÀ"

L'aggravante è applicabile nei confronti degli stranieri tanto **extracomunitari** quanto **comunitari**, compresi pertanto i "famigerati" rumeni, che tale *status* hanno acquisito a decorrere dal 1° gennaio 2007 con l'adesione della Romania all'Unione Europea e che, secondo gli ultimi dati del Ministero dell'Interno, hanno rappresentato tra il 2004 e i 2006 la prima nazionalità tra gli stranieri per numero di denunciati e arrestati nel nostro Paese per gravi reati quali l'omicidio doloso, la violenza sessuale, il furto e l'estorsione. Anche i cittadini di altri Stati dell'Unione, infatti, possono trovarsi illegalmente in Italia: ad esempio perché, dopo essere stati condannati per un reato commesso nel nostro Paese, non osservano il conseguente provvedimento di "allontanamento" emesso dal giudice, a titolo di misura di sicurezza, ai sensi dell'articolo 235 c.p. **(1)**

Per come è configurata, l'aggravante attribuisce rilievo, unicamente, alla **condizione personale**, propria del reo, di straniero illegalmente presente in Italia al momento della commissione del reato. Prescinde del tutto, invece, dall'esistenza di qualsivoglia **nesso** tra la commissione del reato, quale che sia, e l'illegale presenza dell'autore sul territorio nazionale: la legge non ne limita infatti la configurabilità ai soli reati la cui commissione sia stata comunque agevolata dall'illegale presenza del reo sul territorio nazionale, o a quelli che siano stati commessi allo scopo di consentire il suo ingresso illegale in Italia, o, ancora, di protrarvi illegalmente la permanenza illecita. L'aggravante è



[www.lavoce.info](http://www.lavoce.info)

pertanto configurabile, ad esempio, tanto in relazione al reato di resistenza a pubblico ufficiale commesso dallo straniero per impedire la propria identificazione e, di conseguenza, l'accertamento del proprio *status* di "straniero irregolare", quanto in relazione al reato di ingiuria commesso da quello stesso soggetto a danno di chicchessia in occasione di un banale diverbio legato alla circolazione stradale.

Fin dai lavori parlamentari la circostanza ha preso il nome di "**aggravante della clandestinità**": è stata infatti introdotta con il dichiarato intento di fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, erigendo un simbolico muro contro gli stranieri che entrano nel nostro Paese violandone le frontiere.

## L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Il futuro dirà se l'introduzione dell'aggravante avrà l'effetto di disincentivare l'immigrazione clandestina nel nostro Paese. Si impone tuttavia già oggi una valutazione sulla compatibilità del **mezzo** scelto per raggiungere quel fine, di per sé lecito. A noi pare che l'aggravante recepisca e traduca in legge il **pregiudizio** secondo cui sono socialmente più gravi i reati commessi dai "clandestini". La scelta politica di far proprio quel pregiudizio paga senz'altro sul piano elettorale, come dimostra la recente storia del nostro Paese. Il prezzo, però, è quello della rinuncia al rispetto di un fondamentale principio, quello di **uguaglianza**, sancito dall'articolo 3 della Costituzione, su cui si regge, non da ieri, la nostra civiltà.

La maggior pena che la legge impone al giudice di infliggere agli stranieri irregolari autori di reato si risolve, infatti, in un'irragionevole **discriminazione** fra persone, fondata su un mero *status* personale. È quanto sostenuto dai giudici di Latina, Livorno e Ferrara, che hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 61 n. 11 *bis* c.p. per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione (la pronuncia della Corte costituzionale è attesa per l'8 luglio 2009).

La questione è a nostro parere fondata poiché l'aggravante "della clandestinità", a differenza di altre previste nel nostro ordinamento, non si giustifica per alcuna ragione.

Non si giustifica per una **maggiore gravità** (disvalore) del fatto commesso: prescinde da un nesso tra il fatto e l'illegale presenza dell'autore sul territorio nazionale, sicché l'offesa non è più grave se a commettere il reato è uno straniero illegalmente presente in Italia, piuttosto che un italiano o uno straniero "regolare". L'offesa alla libertà sessuale, ad esempio, non è maggiore se autore dello stupro è un tunisino privo del permesso di soggiorno, invece che un italiano o un tunisino munito di permesso di soggiorno. Né si giustifica per una **maggiore colpevolezza** (rimproverabilità) per il fatto commesso: l'aggravante prescinde infatti dai motivi a delinquere e dalle finalità perseguite dall'agente, potendo essere riferita a reati che nulla hanno a che vedere con la condizione di clandestinità. Nemmeno si giustifica, poi, per una **maggiore pericolosità** del reo: nel diritto penale, dove le presunzioni di pericolosità sono bandite, lo *status* di persona illegalmente presente in Italia non può essere assunto *in via presuntiva* a espressione di una maggiore pericolosità del reo, cioè propensione a commettere in futuro nuovi reati. È un principio già affermato dalla Corte costituzionale in due occasioni: quando ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 86, comma 1 Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, nella parte in cui non subordinava all'accertamento in concreto della pericolosità sociale l'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello



www.lavoce.info

Stato dello straniero condannato per reati in materia di stupefacenti; quando ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975 n. 354 (legge sull'ordinamento penitenziario), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario entrato illegalmente in Italia o privo del permesso di soggiorno sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione. Sono pronunce che, ci pare, pendono come una spada di Damocle sull'aggravante "della clandestinità" **(2)**.

**(1)** L'articolo 235 del codice penale, come novellato dal DI n. 92/2008, consente appunto al giudice penale di allontanare dal territorio dello Stato i cittadini comunitari condannati alla reclusione per un tempo superiore a due anni.

**(2)** Per un esame più approfondito dei profili di illegittimità costituzionale dell'aggravante rinviamo un nostro ampio studio, del quale abbiamo qui sintetizzato le conclusioni: Gatta, [G.L. Aggravante della 'clandestinità' \(art. 61 n. 11 bis c.p.\): uguaglianza calpestata](#).