

Roma, 5 ottobre 2009

Art. 10-bis. - Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato

- 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale.**
- 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 1.**
- 3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.**
- 4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'art. 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'art. 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato.**
- 5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'art. 13, comma 14, si applica l'art. 345 del codice di procedura penale.**
- 6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».**

Sommario: 1- Considerazioni generali 2- I soggetti 3- La condotta 4- L'elemento soggettivo 5- Cause di non procedibilità 6- Profili sanzionatori 7- Concorso di reati 8- Profili d'incostituzionalità

1- Considerazioni generali- L'art. 1, comma 16, lett. a del decreto sicurezza ha interpolato, nel tessuto normativo del d. lgs 286/98, l'art. 10 bis, introducendo nel sistema punitivo una fattispecie di nuovo conio, il *reato di clandestinità*, avente natura contravvenzionale.

La norma, frutto di una gestazione parlamentare assai travagliata - il progetto originario prevedeva la reclusione da sei mesi a quattro anni, con arresto obbligatorio in flagranza - e contestata sul piano della conformità alla Carta Costituzionale, non a torto è considerata una norma simbolo degli orientamenti del legislatore in materia.

Per la sua applicazione è stato previsto un rito processuale dedicato, rimesso alla competenza del Giudice di Pace, i cui esiti dipendono anche dal procedimento amministrativo di espulsione dello straniero.

Uno sguardo d'insieme evidenzia un'indubbia torsione dello strumento penalistico sostanziale e del processo, utilizzati, rispettivamente, non tanto per sanzionare condotte obiettivamente offensive e accertare fatti penalmente rilevanti, quanto piuttosto per ottenere un *effetto leva* sulle espulsioni dal territorio dello Stato.

2- I soggetti- Si è in presenza di un reato proprio, che può essere commesso solo dallo *straniero*.

Il concetto penalisticamente rilevante di straniero, ai fini dell'applicazione del d. lgs n. 286/98, è individuato dall'art. 1, comma 1, del medesimo decreto, secondo cui s'intendono stranieri i cittadini di stati non appartenenti all'Unione Europea e gli apolidi.

3- Condotta tipica- Si è in presenza di un reato *formale*, di mera condotta, sicché nella ricostruzione dell'elemento oggettivo sono assolutamente estranee le problematiche connesse al nesso causale e all'evento.

Il tipo di condotta penalmente rilevante, nella norma, è descritto con la tecnica della norma a più fattispecie, ciascuna con caratteri diversi, concettualmente delineate dai

verbi *fare ingresso e trattenersi* nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni contenute nello stesso d.lgs n. 286 del 1998 ovvero nell'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68 (“Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio”).

La condotta d'*ingresso illegale* configura un reato istantaneo. Esso si consuma nel momento e nel luogo in cui lo straniero entra varcando i confini dello Stato senza averne titolo.

Gli elementi di fattispecie sono integrati allorché lo straniero faccia ingresso in territorio italiano senza essere in possesso del passaporto o di altro documento equipollente ovvero senza avere il visto d'ingresso, qualora necessario.

Il II comma dell'art. 10 bis prevede un elemento negativo del fatto tipico, costituito dalla circostanza che si sia proceduto al respingimento dello straniero ai valichi di frontiera, ai sensi del primo comma dell'art. 10 d. lgs 286/98. In tale ipotesi, benché vi sia stato un ingresso illegale, il fatto tipico non sussiste, per l'esistenza di un elemento negativo di fattispecie.

La condotta di *trattenimento illegale* delinea un'ipotesi di reato permanente, in ordine al quale è possibile distinguere il momento in cui la contravvenzione si perfeziona, ossia quando si realizzino le condizioni minime perché venga in essere un reato di tal natura, dal momento della consumazione, ossia quando il reato assume la sua massima gravità, *dies* che normalmente coincide con il suo accertamento.

La natura permanente del reato, quando assuma la forma di trattenimento illegale, sarà rilevante non tanto allorché vi sia stato un ingresso illegale, in tali ipotesi di determinerà un'ipotesi di progressione criminosa, quanto piuttosto nei casi in cui il permanere nel territorio dello Stato sarà illegale per il venir meno delle condizioni che originariamente avevano determinato un ingresso *secundum ius* (si pensi all'area dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio).

In tali casi la condotta si deve protrarre per il tempo necessario perché si possano integrare gli estremi della permanenza nel territorio dello Stato.

- 4- L'elemento soggettivo-** La natura contravvenzionale del reato, in applicazione dei principi generali (art. 42 comma IV c.p.), individua un criterio d'imputazione soggettiva dell'illecito riconducibile al paradigma della colpa.

La materia pare essere terreno d'applicazione dell'art. 5 del codice penale, così come modificato dall'intervento della Corte Costituzionale n° 364 del 1988, che ha attribuito rilevanza all'errore di diritto derivante da ignoranza inevitabile.

Situazione che è più probabile si determini non tanto allorché vi sia stato un ingresso illegale, in tali ipotesi appare assai difficile postulare ipotesi di errore di diritto, quanto piuttosto nei casi in cui il permanere nel territorio dello Stato sarà illegale per il venir meno delle condizioni che originariamente avevano determinato un ingresso *secundum ius* (si pensi all'area dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio) tenuto conto della complessità della legislazione e del suo carattere alluvionale.

- 5- **Cause di non procedibilità-** Con riferimento al reato in esame, è possibile ipotizzare l'applicazione di cause d'improcedibilità a carattere generale e cause d'improcedibilità speciali.

Quanto alle *cause d'improcedibilità generali*, si è posta la questione concernente quella prevista con riferimento al giudizio davanti al Giudice di Pace e codificata all'art. 34 del d. lgs 274/00¹.

Il problema, com'è ovvio, non può risolversi in via generale ed astratta.

Affermare che il reato in esame si risolve in un fatto di particolare tenuità significa, di fatto, abrogare la contravvenzione in via interpretativa. Similmente, sostenere il contrario, ossia che il reato per sua natura non consente l'applicazione della causa d'improcedibilità di cui all'art. 34, significa accedere ad una *interpretatio abrogans* di tale norma.

Occorrerà distinguere caso per caso e verificare la sussistenza delle condizioni predicate dalla norma che codifica la causa d'improcedibilità: esiguità del danno o del pericolo, occasionalità – dunque probabilità di reiterazione- e grado di colpevolezza.

La circostanza che si tratti di un reato posto a presidio di interessi generali, a voler ritenere esistente un contenuto di offensività nella fattispecie incriminatrice, non è di

¹ Le cronache giudiziarie riferiscono di una sentenza del settembre 2009 del giudice di pace di Lecco

per sé preclusiva alla applicazione della causa d'improcedibilità, tenuto conto dei più recenti orientamenti della Suprema Corte².

In concreto, l'area cui appare più facilmente applicabile la causa d'improcedibilità appare essere quella, d'anziché richiamata, in cui il permanere nel territorio dello Stato sarà illegale per il venir meno delle condizioni che originariamente avevano determinato un ingresso legittimo.

Quanto alle *cause d'improcedibilità speciali*, il V e il VI comma dell'art. 10 bis ne prevedono due.

La prima è costituita dalla circostanza che siano state eseguite l'espulsione o il respingimento ai sensi dell'art. 10 comma II.

Giova al riguardo osservare che, in deroga a quanto stabilito dall'art. 13, comma terzo, del d. lgs 286/98, è stata prevista, dal comma 4 del nuovo art. 10-bis, la possibilità di procedere all'espulsione dell'autore dell'illecito senza l'acquisizione del nulla osta dell'autorità giudiziaria procedente.

In giudice, in tal caso, deve emettere sentenza di non luogo a procedere, peraltro non ostativa alla riproposizione dell'azione penale in caso di reingresso illegale dello straniero, tenuto conto dell'esplicito rinvio all'art. 345 c.p.p.

La seconda è costituita dalla circostanza che sia acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale (d. lgs 251/07) ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 6, del testo unico.

6- Profili sanzionatori- La norma prevede l'ammenda da 5000 a 1000 euro, con una preclusione all'accesso all'oblazione prevista dall'art. 162 c.p.

Giova altresì osservare che il primo comma dell'art. 16 del d. lgs 286/98 - così come modificato dall'art. 3, comma 16, lettera b) del d. lgs - autorizza il giudice, in caso di condanna per il reato di cui all'art. 10-bis, ad irrogare l'espulsione come sanzione sostitutiva, senza incontrare il tradizionale limite della possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena³.

² Sez. 4, Sentenza n. 43383 del 28/09/2007 Ud. (dep. 23/11/2007) Rv. 238300

Nel procedimento davanti al giudice di pace la particolare tenuità del fatto quale causa di improcedibilità è applicabile ad ogni t dalla norma. (Nella fattispecie la Corte ha ritenuto applicabile la disposizione ex art. 34 D.Lgs. n. 274 del 2000 anche al reato c stradale, nonostante si tratti di reato di pericolo per il quale non è prevista una persona offesa che possa essere sentita ai sensi dell'ar

³ Norma completata dall'introduzione , ad opera dell'art. 1, comma 17, lettera d), dell'art. 62-bis del d.lgs. n. 274 del 2000 che abilita, nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace ad applicare la misura sostitutiva

Evidente la modificazione genetica dell'istituto: s'introducono ipotesi nelle quali la sanzione sostitutiva è maggiormente affittiva di quella sostituita.

7- Concorso di reati- L'*incipit* della norma contiene una clausola di sussidiarietà, idonea a risolvere l'ipotesi di concorso apparente di norme ove *il medesimo fatto integri due distinte ipotesi di reato*.

Ne consegue che ove il profilo d'illegalità del fatto di trattarsi nel territorio dello Stato sia ulteriormente qualificato dall'essere stato il soggetto attivo del reato destinatario dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato impartito dal Questore, sarà applicabile esclusivamente la norma di cui all'art. 14, comma 5 ter, d. lgs 286/98.

Per contro, non vi sarà ipotesi di concorso apparente di norme ma ipotesi di concorso di reati allorché il fatto di cui all'art. 10 bis preceda l'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato, poiché in tale ipotesi non vi sarà la medesimezza del fatto ma una duplicità di fatti.

E' stato tuttavia osservato che ove difetti l'elemento di fattispecie dell'assenza di giustificato motivo, richiesto dall'art. 14, comma 5 ter, sarà applicabile l'art. 10 bis, che prevede un'ipotesi di reato la quale prescinde dall'apprezzamento delle ragioni del mancato allontanamento dal territorio dello Stato⁴

Sussiste concorso apparente di norme tra l'ipotesi di cui all'art. 61, comma 1, n° 11 bis⁵ - la cd aggravante di clandestinità- e il reato in commento.

In tale ipotesi, secondo una linea di pensiero, che valorizza l'*incipit* del I comma dell'art. 61 c.p., non vi è spazio per l'applicazione dell'aggravante con riferimento al diverso reato e vi sarà concorso di reati tra esso e l'art. 10 bis; secondo altra linea di pensiero, che muove dall'ipotesi di reato complesso, l'art. 84 c.p. impone l'applicazione del reato diverso aggravato ai sensi dell'art. 61 n° 11 bis e l'archiviazione del reato di cui all'art. 10 bis.

Si è, infine, prospettata la proposta della tesi di un concorso apparente di norme tra l'ipotesi in esame e il reato previsto dall'art. 6, comma 3, del d.lgs 296/98 .

L'assunto non è condivisibile: le condotte tipiche sono differenti, sicché devono ritenersi sussistenti entrambi i reati.

⁴ E' la tesi del Tribunale di Trento, Ord. 25.9.09 ,che sulla base di tale assunto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 bis (cfr. par. 7)

⁵ 11-bis. Se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale

8- Profili d'incostituzionalità- La disciplina compendiata nell'art. 10 bis è stata oggetto di censure d'incostituzionalità, talune proposte dalle parti processuali⁶, altre rimesse alla Corte Costituzionale dagli organi giurisdizionali⁷.

⁶ tra esse si segnalano quelle elaborate dalle Procure presso il Tribunale di Torino e Agrigento

⁷ Tribunale di Trento, Ord. 25.9.09

.....

il giudice

ritenuto che:

IN PUNTO DI RILEVANZA:

1) la reato contravvenzione prevista dall'art. 10 bis D. l.vo 286/98 è stata correttamente contestata dinanzi a questo giudice, a sensi dell'art. 6 della legge 274/200, con le modalità descritte nella sentenza che si è appena trascritta; e quindi questo giudice deve provvedere a riguardo, dato che a seguito della assoluzione per il delitto la sua competenza non è venuta meno, una volta che essa era esistente al momento dell'esercizio della azione penale; così come non vi è dubbio che a seguito della assoluzione per il primo reato diviene applicabile alla fattispecie il reato sussidiario previsto appunto dall'art. 10 bis, la cui ricorrenza in concreto non può essere messa in seria discussione, come rilevato dal PM in discussione;

2) in relazione alla condotta dell'imputato va sottolineato che sussiste in concreto la ricorrenza della causa di giustificazione del "giustificato motivo", così come descritta dalla corrente giurisprudenza che si è consolidata in materia di applicazione del delitto sub art. 14 comma 5 ter: anche su questo punto può e deve essere fatto pieno richiamo alla sentenza che si è appena riprodotta per intero;

IN PUNTO DI NON MANIFESTA INFONDATEZZA:

1) in questa sede (come già evidenziato in sentenza) è sollevato non già il tema della costituzionalità della incriminazione della condotta illecita del migrante, ma quello della assenza, nella fattispecie propria del reato contravvenzionale, e per la sola ipotesi di illecito trattenimento, della previsione della causa di giustificazione "senza giustificato motivo", che invece è prevista dalla fattispecie di delitto di cui all'art. 14 comma 5 ter D. l.vo 286;

2) tale differenza di trattamento non è giustificata dalla maggiore gravità del fatto punito a titolo di contravvenzione (come invece avviene nella nuova ipotesi di reato di trattenimento ulteriore, prevista dal comma 5 quater, anch'essa introdotta con la legge 15 7 2000, n.94), perché anzi non pare possibile dubitare che questa costituisca un reato sussidiario rispetto al delitto, e perciò prevede e punisce una fattispecie meno grave; ed infatti per la sua integrazione non è necessario che la clandestinità dello straniero sia stata "certificata" dall'autorità con l'ordine di lasciare il territorio dello Stato impartito dal Questore;

3) ad una esame preliminare, non appare quindi né comprensibile né ragionevole la ragione del diverso trattamento delle due fattispecie, entrambe omissive ed anzi tali da realizzare in concreto una stessa condotta di illecito trattenimento;

4) tuttavia, questa situazione non pare possa legittimare un'interpretazione secondo il principio del favor rei, per cui la condotta sarebbe punibile solo se in concreto l'autore non può vantare un giustificato motivo per allontanarsi dall'Italia, così come avviene per il delitto; perché la fattispecie astratta descritta dal legislatore, nella sua asciutta proposizione, non pare consenta tale soluzione, e con essa perciò una interpretazione correttiva in senso costituzionalmente orientato;

5) tale scelta del legislatore, di non attribuire rilevanza nella nuova fattispecie ad eventuali motivi che possano giustificare il trattenimento illegale, può ed anzi deve provocare l'intervento del Giudice delle leggi, proprio a sensi di quanto la stessa Corte ha scritto nelle sentenze n. 5 del 2004 e nella successiva n. 22 del 2007; dalla loro lettura emerge la necessità di ritenere la causa di giustificazione un elemento (negativo) del fatto, essenziale della fattispecie penale, perché solo la sua previsione consente di superare ogni obiezione e ritenere costituzionalmente corretta (in particolare, a sensi dell'art. 27 Cost) la incriminazione della condotta omissiva; sul punto non può che farsi richiamo a quanto riportato nella sentenza odierna e qui trascritta; la sentenza 22/07 della Corte delle Leggi può essere richiamata per intero nella parte che fa riferimento all'argomento qui trattato:

"quanto all'eccessivo rigore della norma censurata, lamentato in gran parte delle ordinanze di rimessione, da cui si dedurrebbe una irragionevolezza intrinseca della norma stessa, si deve anzitutto ricordare che questa Corte, conformemente alla sua recente giurisprudenza (sentenza n. 5 del 2004; ordinanze numeri 302 e 80 del 2004), ha sottolineato «il ruolo che, nell'economia applicativa della fattispecie criminosa, è chiamato a svolgere il requisito negativo espresso dalla formula "senza giustificato motivo", presente nella descrizione del fatto incriminato dal citato comma 5-ter dell'art. 14» (ordinanza n. 386 del 2006). Tale formula, secondo la citata giurisprudenza, copre tutte le ipotesi di impossibilità o di grave difficoltà (mancato rilascio di documenti da parte dell'autorità competente, assoluta indigenza che rende impossibile l'acquisto di biglietti di viaggio e altre simili situazioni), che, pur non integrando cause di giustificazione in senso tecnico, impediscono allo straniero di prestare osservanza all'ordine di allontanamento nei termini prescritti".

6) neppure può facilmente invocarsi il doveroso rispetto della discrezionalità del legislatore; basti ricordare anche su tale argomento quel che precisa sempre la sentenza 22/07:

I parametri costituzionali di riferimento che hanno fondato tali censure sono molteplici: l'art. 2, sotto il profilo della violazione dei doveri di solidarietà sociale e dei diritti inviolabili dell'uomo (identità personale e cittadinanza); 3, comma 1, sotto plurimi profili (irragionevolezza legislativa di sanzionare fatti non offensivi; configurazione di una fattispecie discriminatoria, che sanziona una condizione sociale e non una condotta; disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe nelle quali è possibile fruire della sospensione condizionale della pena, rispetto alla situazione dello straniero colpito da ordine di allontanamento che può far valere un giustificato motivo per l'inottemperanza all'ordine medesimo); 25, comma 2, poiché non sanziona fatti materiali, ma condizioni personali.

Profili processuali:

1- *competenza*: giudice di pace, con rito, di nuovo conio, a presentazione immediata, con una variante per i casi di urgenza o per gli imputati sottoposti a misure restrittive della libertà costituita dal giudizio a citazione contestuale ;

2 - *presupposti per l'azionabilità del rito*: reato procedibile d'ufficio; flagranza o prova "evidente";

3- *fermo o arresto*: non consentiti;

4- *misura cautelare*: non consentita.

"Il sindacato di costituzionalità può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio;

e pare difficile contestare (almeno nella presente delibazione di non manifesta infondatezza) che qui ricorra proprio una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trova di fronte a fattispecie di reato (o almeno a condotte) sostanzialmente identiche (salvo che per la maggiore gravità del delitto, laddove la omissione si concretizza anche nella violazione di un esplicito ordine impartito dalla autorità), sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio, ma con previsione che in concreto finisce con l'essere molto più rigorosa per il reato che dovrebbe essere considerato meno grave, avendo natura sussidiaria; e dunque si riscontra una sostanziale parziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria che penalizza non già le condotte più gravi, ma invertita rispetto a tale criterio; in termini tali da consentire un eventuale intervento di riequilibrio della Corte delle leggi (e rendere inevitabile il presente giudizio deliberativo di non manifesta infondatezza).

Pertanto

ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione proposta, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 bis D. l.vo 286/98, nella parte in cui non prevede per la ipotesi di illegittimo trattenimento la esclusione di responsabilità penale qualora ricorrano i "giustificati motivi" di cui all'art. 14 comma 5 ter dello stesso D. l.vo 286/98; per violazione del'art. 3 e 27 della Costituzione;

ordina la trasmissione degli atti Corte Costituzionale e sospende il giudizio in corso; con comunicazione al Presidente del consiglio dei ministri e ai Presidenti delle Camere.

Trento, 25 9 2009

il giudice (dr. Carlo Ancona)