

## Osservazioni a prima lettura, Corte cost., n. 175 del 2013

Ali Abukar Hayo

### La decisione

**Difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione - Impossibilità della motivazione *per relationem*** (Cost., art. 2, 3, 10, 27; D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 10-*bis*).

*Il giudice rimettente omette totalmente di descrivere la fattispecie concreta, di motivare in ordine alla rilevanza della questione, nonché di esporre le ragioni per le quali, a suo avviso, le norme denunciate violerebbero i parametri costituzionali evocati; l'ordinanza di rimessione presenta carenze tali da precludere l'esame del merito della questione; tali carenze non possono ritenersi sanate dal mero rinvio alla memoria di parte, che, secondo il rimettente, sarebbe da intendersi facente parte integrante dell'ordinanza; non possono avere ingresso nel giudizio incidentale di costituzionalità questioni motivate solo per relationem.*

CORTE COSTITUZIONALE, (ord.) 1° luglio 2013, n. 175 - GALLO, *Presidente* - CASSESE, *Redattore*.

### Il commento

L'ordinanza in commento suggerisce due ordini di considerazioni: uno di carattere metodologico e procedurale; l'altro di merito.

1. La Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità sollevata dal Giudice di pace di Lamezia Terme, per difetto di motivazione. Ad una lettura affrettata e superficiale, sembrerebbe trattarsi di una "banalità" scontata, priva di interesse politico-ideale e pressoché insignificante per la scienza giuridica; ma ci pare che, andando a fondo, si possano scoprire profili problematici di non poco momento. Riteniamo infatti di potervi leggere la sottolineatura delle peculiarità del giudizio di legittimità costituzionale, dietro cui si celano, sia la solenne riaffermazione del primato della legge, che un'opportuna puntualizzazione delle sfere di attribuzione dei poteri dello Stato.

La Corte, con l'ordinanza *de qua*, confermando un orientamento costante, ribadisce che la motivazione della questione di legittimità non può essere in-

tegrata *per relationem*; con ciò marca le distanze rispetto all'ordinario procedimento di gravame: mentre l'impugnazione, di regola, è "integrabile" mediante un atto aggiuntivo, l'atto che introduce il giudizio di legittimità costituzionale non può essere "convalidato" per rinvio a un atto altrui o magari *a posteriori* con motivi aggiunti. La ragione, a nostro avviso, risiede in ciò: la legge non è sottoposta al sindacato del Giudice, ha pieno vigore e validità definitiva, a prescindere da qualsiasi vaglio ulteriore, sicché il ragionevole dubbio del Giudice che una norma di legge sia incostituzionale si configura come "questione" e non come "dichiarazione". Il Giudice rimettente non dichiara un ricorso, ma palesa un dubbio, solleva un questione; ma non può sollevare la questione, se non esprime i suoi dubbi (s'intende i suoi dubbi, non i dubbi espressi dalla parte, ai quali rinvia). In altri termini, la questione, proprio per il suo essere "perplessa", si immedesima e identifica nella motivazione del dubbio, giacché al di fuori di essa non sussiste alcunché; e innanzitutto non sussiste alcuna dichiarazione di volontà. Mentre l'atto di impugnazione può concettualmente distinguersi in due componenti: la dichiarazione della volontà di impugnare e la motivazione correlativa; la proposizione di una questione è tutt'uno con la motivazione, senza la quale nessuna questione sussiste e al di fuori della quale non si ravvisa alcuna dichiarazione di volontà.

La piena identità questione-motivazione emerge in termini chiarissimi dal seguente paradosso. Se si ammettesse la motivazione *per relationem* con un atto di parte o con un atto aggiuntivo, l'ordinanza del Giudice che dà impulso al giudizio di legittimità costituzionale suonerebbe pressappoco così: «Ho dubbi sulla conformità costituzionale di questa norma di legge; sono quelli espressi dalla parte - oppure li renderò noti successivamente - intanto non ritengo di dover applicare la norma suddetta al caso sottoposto alla mia giurisdizione, poiché condivido la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte - oppure sollevo la questione per motivi che saranno resi noti con atto aggiuntivo». In un'ordinanza di questo tipo si potrebbero ravvisare infinite anomalie, la più grande delle quali ci sembra il *vulnus* recato alla stessa maestà della legge. Se l'esercizio della giurisdizione è sottoposto al pieno vigore della legge, il sindacato di costituzionalità non può configurarsi come "gravame" e pertanto l'*eccezionale* sospensione dell'applicazione di una norma di legge, in un procedimento giudiziario in corso, deve essere giustificato in base a un dubbio ragionevole; e s'intende che la ragionevolezza risiede interamente nella motivazione. Sicché conferire al Giudice la facoltà di sospendere l'applicazione di una norma di legge senza sollevare alcuna questione, con la mera dichiarazione di ritenere plausibile la questione altrui o con la mera dichiarazione della volontà di sollevare la questione in futuro, equivarrebbe, a nostro avviso, a depotenziare il primato della legge e istituire per vie

oblique una sorta di “supervisione” della giurisdizione sulla legislazione. È facilmente immaginabile che i rapporti tra le istituzioni dello Stato diverrebbero ancora più conflittuali.

Plaudiamo dunque all’indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale, ribadito con l’ordinanza in commento<sup>1</sup>, la quale, a nostro avviso, contribuisce a tracciare, sia pure per via indiretta, una chiara linea di demarcazione tra le due sfere di attribuzione, attinenti alla legislazione e alla giurisdizione. Forse ci si potrebbe spingere fino al punto di leggere nell’ordinanza *de qua* una sorta di “smentita”, silenziosa e implicita, di quell’orientamento interpretativo, che ha voluto ravvisare in qualche recente pronuncia della Corte la tendenza ad asserire la “prevalenza” della giurisdizione sulla potestà politica.

2. Nel merito della questione, non può sfuggire che la Corte si è già pronunciata sulla legittimità costituzionale del c.d. reato di “clandestinità” con la sentenza n. 250 del 5 luglio 2010<sup>2</sup>. In buona misura le censure rivolte alla formulazione dell’art. 10-*bis* – sia dal Giudice rimettente, sia dalla dottrina – muovevano dal presupposto che l’incriminazione riguardasse la mera “condizione” di clandestinità, piuttosto che una condotta tipica e un fatto determinato. E invero se la formula legislativa prevedesse la sanzione di uno *status*, la norma incriminatrice non potrebbe sfuggire alla censura di costituzionalità, sotto vari profili: in primo luogo per difformità rispetto ai principi basilari di civiltà giuridica, codificati agli artt. 25 e 27 Cost., secondo cui il soggetto risponde per un “fatto” previsto dalla legge come reato e «*la responsabilità penale è personale*». L’illecito penale deve dunque consistere in un fatto umano, incentrato su una condotta tipica pregna di disvalore etico-sociale, la quale possa essere rimproverata al soggetto agente e ascritta alla sua responsabilità personale; giammai il soggetto può essere penalmente responsabile di ciò che è, ma soltanto di ciò che fa.

Orbene, la Corte ha affrontato tale questione, pervenendo – con la sentenza n. 250 del 5 luglio 2010 – alla conclusione che l’art. 10-*bis*, D. Lgs., 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero*) aggiunto dall’art. 1, co. 16, lett. a), L. 15 luglio 2009, n. 94<sup>3</sup>, non incrimina «*una mera*

<sup>1</sup> Si possono citare come precedenti le sentenze n. 234 del 2011 e n. 143 del 2010; nonché le ordinanze n. 239 e 65 del 2012.

<sup>2</sup> Corte cost., n. 250 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2928; e in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1187, con nota di Caputo.

<sup>3</sup> Questa norma ha introdotto per la prima volta il reato di ingresso o soggiorno clandestino. In precedenza tale condotta non era punita come tale; si puniva semplicemente l’inottemperanza al comando di allontanamento dal territorio dello Stato ovvero il reingresso clandestino a seguito di una prima espulsione. Il precedente storico può rinvenirsi nella norma del c.d. decreto “Conso”, n. 107 del 1993 che

*condizione personale», bensì «uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti». Alle locuzioni «fare ingresso» e «trattenersi» - a giudizio della Corte - «corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)». Pertanto, «la condizione di cosiddetta clandestinità non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità».*

A nostro avviso, l'orientamento della Corte sul punto è pienamente condivisibile; ci pare, infatti, molto arduo asserire che il fatto di reato in parola sia privo di un nucleo comportamentale ben individuato e definito. Ciò emerge ancora più limpidamente nel raffronto con la sentenza n. 249 del 2010<sup>1</sup>, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. (che prevedeva l'aggravante della "clandestinità"). Questa circostanza non descriveva una condotta posta in essere *hic et nunc*, bensì una condizione del soggetto; è stata dunque dichiarata incostituzionale, poiché «la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi». In ogni caso non descriveva un fatto attuale, ma tutt'al più un "precedente"; e «i comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero segno distintivo delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini».

In sintesi, il nocciolo dirimente della questione può essere così formulato: la normativa penale non può attribuire rilevanza ad una qualità personale; ne deriva la censura di incostituzionalità per la disciplina dell'aggravante che «fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo» e, al contrario, la dichiaratoria di conformità costituzionale per la norma incriminatrice del reato d'ingresso e permanenza clandestini.

È necessario evidenziare inoltre che la norma di cui all'art. 10-*bis* ha resistito al vaglio di costituzionalità sotto il diverso profilo della conformità al principio

---

incriminava il fatto di sottrarsi volontariamente ai controlli di frontiera (non vi rientrava il "soggiorno"). Tale norma non fu riproposta in sede di reiterazione del decreto legge (n. 187 del 1993), poi convertito con legge n. 296 del 1993. In proposito cfr. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 45.

<sup>1</sup> Corte cost., n. 249 del 2010, in *Foro it.*, 2010, 2929.

di offensività. La sentenza n. 250 del 2010 ha escluso infatti che sia configurato un illecito di mera disobbedienza, poiché il bene protetto è chiaramente individuabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori. Infatti «*il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio*». D'altronde, ha osservato la Corte, «*la scelta operata dal legislatore italiano con la novella del 2009 è tutt'altro che isolata nel panorama internazionale*».

Possiamo trarre qualche conclusione. La considerazione combinata delle due pronunce della Corte costituzionale evidenzia, in ogni caso, i ristretti limiti entro i quali è costituzionalmente legittima l'incriminazione di una condotta caratterizzata da un disvalore etico-sociale così esiguo. Al contempo, proprio perché molto ristretti, tali limiti sono stati individuati e segnati con precisione nella giurisprudenza della Corte, sicché ci pare molto difficile che possano emergere nuovi profili di illegittimità costituzionale; tanto più che non pare proponibile una questione relativa alla ragionevolezza della misura sanzionatoria<sup>3</sup>, a carattere meramente pecuniario. Ben diversa è ovviamente la questione attinente al procedimento di espulsione, che investirebbe in ogni caso l'art. 13 del Testo Unico e non l'art. 10-*bis*.

---

<sup>3</sup>La ragionevolezza/proporzionalità, che prende in considerazione la specie e la misura della sanzione, acquista sempre maggiore spazio tra i principi cardinali del sistema penalistico, cui si ispirano le censure di legittimità costituzionale. Cfr. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 159 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacava, Pavarini, Zanotti, Torino, 1997, pp. 264 ss; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.