

Giudice di pace di Bologna, sezione penale , sentenza n. 1341 del 15.12.2010

Autore: sentenza

In: Magistratura ordinaria

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL GIUDICE DI PACE IN BOLOGNA

SEZIONE PENALE

nella persona dell'Avv. *****

ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente

SENTENZA

nei confronti di:

*** ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Marina Romano;

CONTUMACE

rappresentata e difesa dall'Avv. Marina Romano, del foro di Bologna, con studio in Bologna, in Via Don
***** n. 19, difensore d'ufficio;

IMPUTATO

**della contravvenzione prevista e punita dall'art. 10 bis. D.lgs. 286/98 perché straniero si
tratteneva nel territorio dello Stato italiano in violazione delle disposizioni del D.lgs. 286/98.
Accertato in Bologna, il giorno 10.12.2009.**

CONCLUSIONI

Il Pubblico ministero, la Dr.ssa Severino ha così concluso: "Chiede pronunciarsi sentenza di condanna
all'ammenda di Euro 3.500,00";

il difensore dell'imputato, l'Avv. Marina Romano ha così concluso: "Assoluzione per tenuità del fatto ed in
subordine minimo della pena e concessione di tutti i benefici di legge".

MOTIVI DELLA DECISIONE

A seguito di richiesta della polizia giudiziaria il Pubblico ministero autorizzava la citazione a giudizio
dell'imputato avanti il Giudice di Pace di Bologna per rispondere del reato di cui al capo d'imputazione.

Alla prima udienza il giudice, accertata la regolarità delle notifiche, dichiarava la contumacia

dell'imputato il quale, ritualmente citato non compariva né comunicava alcun impedimento, quindi invitava il Pubblico ministero alla formulazione dell'imputazione e, preso atto che il difensore dell'imputato, avvisato dal giudice ex art. 32 bis co. 5 D.lgs. 274/00, rinunciava al termine a difesa disponeva procedersi oltre.

Alla medesima udienza il giudice respingeva con ordinanza l'eccezione d'illegittimità costituzionale degli artt. 10 e 16 D.lgs. 286/98 avanzata dalla Procura della Repubblica di Bologna, con deposito di memoria.

Con riguardo all'eccezione sollevata, con un primo ordine di rilievi viene chiesto di sollevare questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 10 bis cit. in quanto in tale articolo è prevista la medesima sanzione sia per l'ipotesi di ingresso che per l'ipotesi di trattenimento nel territorio dello Stato, in violazione delle norme previste dal D.lgs. 286/98 equiparando così la condotta di chi si introduce nel territorio dello Stato con un'azione libera ed autodeterminata con quella di chi, trovandosi nel territorio dello Stato da tempo, omette di allontanarsi.

A tal riguardo si osserva preliminarmente che le condotte contestate prescindono dall'elemento del periodo di tempo trascorso dallo straniero nel territorio dello Stato.

La prima violazione, ovvero l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, configura un reato istantaneo che si consuma nel momento in cui lo straniero realizza la condotta dell'ingresso sottraendosi o eludendo i controlli di frontiera. La successiva condotta posta in essere dallo straniero il quale, entrato illegalmente, si trattiene nel territorio dello Stato non configura un diverso illecito penale, bensì, concretizza un postfatto non punibile in quanto condotta da ritenersi inclusa in quella già realizzata dallo straniero con l'ingresso illegale nel territorio dello Stato. Trattasi, infatti, di condotta che lede la medesima oggettività giuridica di quella tutelata dalla prima fattispecie penale e pertanto le condotte, diverse sotto il profilo naturalistico, sono riconducibili sotto il profilo giudico nell'ambito di un'unica azione.

Conseguentemente, la durata della permanenza nel territorio dello Stato non può ritenersi elemento di discriminazione tra le due condotte potendo pertanto accadere che uno straniero, entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera - e quindi realizzando la fattispecie criminosa di ingresso illegale - si trattienga per anni.

Per quanto attiene alla fattispecie di trattenimento illegale nel territorio dello Stato, questa configura un reato permanente la cui condotta non si realizza con il mancato allontanamento dal territorio dello Stato (non essendovi alcun ordine emesso ex art. 14 co. 5 bis D.lgs. 286/98) bensì con il trattenimento in assenza di titolo, ovvero senza aver presentato richiesta di permesso di soggiorno.

In ordine al merito dell'eccezione sollevata si osserva che può essere sollevata questione di legittimità costituzionale di una norma unicamente se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, perché ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio.

La scelta di prevedere la medesima sanzione per entrambe le condotte non appare viziata da irrazionalità o da irragionevolezza, trattandosi di violazioni che ledono la medesima oggettività giuridica; che configurano entrambe reati di pericolo e che rispondono alla medesima finalità di sanzionare la permanenza, l'una successivamente all'ingresso, nel territorio dello Stato in violazione delle norme previste dal T.U..

Nel caso di specie, pertanto, viene chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale sostanzialmente al fine di sollecitare un intervento di riequilibrio che, però, si concretizzerebbe in un sindacato nell'ambito di scelte discrezionali del legislatore in quanto la Corte Costituzionale non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore.

Per quanto attiene all'ulteriore ordine di rilievi sollevati, si eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 bis D.lgs. 286/98 in quanto nell'ipotesi del soggiorno illegale non è prevista l'esimente del giustificato motivo di cui all'art. 14 co. 5 ter.

Tale mancata previsione lascia obiettivamente esposta la norma ad una censura di illegittimità costituzionale della stessa in quanto viola il disposto dell'art. 3 Cost., stante l'evidente disparità di trattamento nel fatto che il legislatore abbia previsto la causa di esclusione della punibilità di cui sopra per un'ipotesi valutata come lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma in misura maggiore rispetto a quella contravvenzionale di cui all'art. 10 bis e non abbia previsto altrettanto per tale ultima norma.

L'eccezione è pertanto rilevante, in quanto attiene a norma che il giudice deve applicare nel caso di specie e non manifestamente infondata per i motivi sopra esposti.

A tal riguardo si osserva però che, secondo giurisprudenza costante della Corte Costituzionale, occorre che il giudicante prima di sollevare questione di legittimità costituzionale valuti la possibilità che il complesso normativo in cui è inserito il disposto in esame consenta una interpretazione costituzionalmente orientata.

Tale interpretazione è possibile nel caso di specie. La semplice mancata previsione della scriminante in esame, in assenza di ulteriori norme che escludano tale possibilità, non impedisce al giudicante, in sede di valutazione della sussistenza del reato di trattenimento illegale nel territorio dello Stato, di conoscere e pertanto ritenere l'operatività nel caso in esame della speciale causa di non punibilità del giustificato motivo per il trattenimento di cui all'art. 14 co. 5 ter.

L'eccezione di illegittimità costituzionale in entrambi i suoi aspetti è pertanto manifestamente infondata.

Ulteriore questione sollevata attiene al contrasto dell'art. 10 bis D.lgs. 286/98 (limitatamente all'ipotesi del soggiorno illegale) con l'art. 24 della Costituzione, inteso come diritto di difesa del "nemo tenetur se detegere".

Preliminarmente, con riferimento all'individuazione della condotta contestata, si rinvia a quanto sopra esposto, rilevando che l'illecito in esame si realizza non con il mancato allontanamento dal territorio dello Stato bensì con il soggiorno senza alcun titolo.

Pertanto alcun termine o modalità operativa per lo spontaneo allontanamento dal territorio dello Stato dovevano essere previsti dal legislatore per lasciare il territorio dello Stato, in quanto l'omissione contestata con la norma in esame non è l'allontanamento, bensì il soggiorno illegale.

Prevedere una modalità operativa finalizzata all'adempimento del precetto normativo, con riferimento alla fattispecie del trattenimento illegale vorrebbe dire sostanzialmente disciplinare una procedura di sanatoria analogamente a quella prevista con L. 222/2002, ma tale scelta configura una valutazione rimessa alla discrezionalità del legislatore in quanto attiene ad una scelta di natura politica e pertanto non valutabile in sede di sindacato costituzionale.

Con riguardo, invece, all'illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. sotto il profilo del "nemo tenetur se detegere", tale ipotesi non sussiste in concreto.

Il legislatore ha, infatti, previsto al comma 5 dell'art. 10 bis una speciale causa di non procedibilità dell'azione penale per avvenuta esecuzione dell'espulsione, da cui deriva l'obbligo di immediata declaratoria ex art. 129 c.p.p. in presenza di una causa di non punibilità.

Nell'operatività di tale norma rientra sia l'ipotesi di esecuzione coattiva dell'espulsione sia di

allontanamento volontario da parte del trattenuto.

Diversamente opinando si configurerebbe una violazione dell'art. 3 Cost per disparità di trattamento, soprattutto se si considera la condotta meno grave dello straniero che, spontaneamente si allontana dal territorio dello Stato rispetto a quella di chi viene allontanato coattivamente o a mezzo di ordine o intimidazione.

Anche tale eccezione è manifestamente infondata.

Con riguardo all'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 1 ter co. 1 e 8 L. 102/2009, rispetto all'art. 3 della Costituzione, laddove prevede la sospensione del procedimento penale limitatamente alla categoria dei lavori in nero e non anche la estensione a tutti gli altri lavoratori in nero, si osserva che in materia di giudizio di legittimità costituzionale di una norma la valutazione del giudice non può estendersi a valutare le scelte del legislatore salvo che queste non siano caratterizzate da un uso "distorto o arbitrario" di tale discrezionalità, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza.

Tale rilievo va ribadito anche nel presente giudizio, in quanto sollecitare un identico trattamento con riferimento a determinate situazioni che risultano escluse dalla L. 102/2009 postula necessariamente una innovazione normativa, che esula in quanto tale dalla competenza della Corte Costituzionale ed è riservata alla discrezionalità della scelta del legislatore fra le varie soluzioni possibili.

La scelta di limitare la sospensione dei processi amministrativi e penali unicamente con riguardo a determinate categorie di stranieri-lavoratori non in regola con le norme sull'ingresso e soggiorno configura in effetti una valutazione politica criminale in ordine ad un problema sociale, che, in quanto tale è sottratta al sindacato di legittimità.

Nell'ambito di tali categorie il legislatore non ha infatti operato distinzioni in base a nazionalità, motivi religiosi o sesso, non configurando pertanto la stessa una valutazione viziata da irragionevolezza o arbitrarietà.

Con riferimento al rilievo sollevato secondo cui L'art. 62 bis D.lgs. 274/00 e l'art. 16 co. 1 D.lgs. 286/98 violano: l'art. 3 della Costituzione quale principio di ragionevolezza, l'art. 27 co. 3 quale principio per cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato e l'art. 97 co. 1 quale principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione, si osserva preliminarmente che l'espulsione prevista dall'art. 16 bis D.lgs. 274/00 e 16 co. 1 D.lgs. 286/98, configura una misura di natura amministrativa e non una sanzione penale ([1]).

Da ciò deriva che vengono meno quel sistema di garanzie previste dalla legge penale ed, in particolar modo, l'applicazione della misura interrompendo l'esecuzione della pena, fa venir meno la sua funzione rieducativa ([2]). Anche tale eccezione non è fondata.

Alla successiva udienza il giudice respingeva con ordinanza l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal difensore dell'imputato.

In ordine all'eccezione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione, inteso come principio di uguaglianza innanzi alla legge sia come necessità di pari trattamento per situazioni simili, si eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 bis D.lgs. 286/98 in quanto nell'ipotesi del soggiorno illegale non è prevista l'esimente del giustificato motivo di cui all'art. 14 co. 5 ter.

Tale mancata previsione lascia obiettivamente esposta la norma ad una censura di illegittimità costituzionale della stessa in quanto viola il disposto dell'art. 3 Cost., stante l'evidente disparità di trattamento nel fatto che il legislatore abbia previsto la causa di esclusione della punibilità di cui sopra per un'ipotesi valutata come lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma in misura maggiore rispetto a

quella contravvenzionale di cui all'art. 10 bis e non abbia previsto altrettanto per tale ultima norma.

L'eccezione è pertanto rilevante, in quanto attiene a norma che il giudice deve applicare nel caso di specie e non manifestamente infondata per i motivi sopra esposti.

A tal riguardo si osserva però che, secondo giurisprudenza costante della Corte Costituzionale, occorre che il giudicante prima di sollevare questione di legittimità costituzionale valuti la possibilità che il complesso normativo in cui è inserito il disposto in esame consenta una interpretazione costituzionalmente orientata.

Tale interpretazione è possibile nel caso di specie.

La mancata espressa previsione della scriminante non comporta la sua applicabilità con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace stante la sua riconducibilità all'ipotesi di cui all'art. 34 D.lgs. 274/00.

L'istituto della tenuità infatti costituisce una causa di esclusione della procedibilità in tutti i casi in cui fermo restando la valutazione del giudicante in ordine all'offensività della condotta rispetto al bene giuridico primario della sicurezza pubblica e del grado di colpevolezza, si è in presenza di fattispecie che pur non configurando una scriminante rilevano ai fini della valutazione della personalizzazione della sanzione penale ai sensi dell'art. 27 co. 1 c.p..

Conseguentemente l'ipotesi del giustificato motivo va necessariamente compresa nell'applicabilità dell'La semplice mancata previsione della scriminante in esame, in assen'istituto della tenuità del fatto.

L'eccezione di illegittimità costituzionale è pertanto manifestamente infondata.

Passando all'ulteriore eccezione di difetto di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza in quanto la norma prevede una sanzione accessoria più afflittiva di quella principale, preliminarmente si osserva che l'espulsione prevista dall'art. 16 bis D.lgs. 274/00 e 16 co. 1 D.lgs. 286/98, configura una misura di natura amministrativa e non una sanzione penale.

Da ciò deriva che vengono meno quel sistema di garanzie previste dalla legge penale ed, in particolar modo, l'applicazione della misura interrompendo l'esecuzione della pena, fa venir meno la sua funzione rieducativa e quindi la non rilevanza delle questioni sollevate.

In tal senso si è pronunciata la Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. Ord. n. 369/1999 e Ord. n. 226/2006) che ha dichiarato "non pertinenti i profili di illegittimità costituzionale prospettati dal rimettente, sì che la questione va dichiarata manifestamente infondata per erroneità del presupposto interpretativo" in quanto "la natura amministrativa dell'espulsione in esame rende privi di fondamento tutti i profili di illegittimità costituzionale prospettati dai rimettenti sul presupposto che, essendo l'espulsione una misura alternativa alla detenzione o comunque una sanzione penale, ad essa debbono applicarsi, sia sul terreno sostanziale che su quello processuale le garanzie stabilite per la pena" e pertanto l'istituto in esame sarà assistito dalle garanzie previste per l'espulsione disciplinata dagli artt. 13 e ss D.lgs. 286/98.

Come già rilevato, la Corte Costituzionale ha chiaramente qualificato tale sanzione come misura amministrativa atipica per la quale pertanto non trova il sistema di garanzie previsto dal legislatore costituzionale per le pene criminali ([3]).

Da ciò deriva che tale misura deve trovare applicazione in primo luogo in via eccezionale e secondariamente al fine di applicare al condannato una misura avente un connotato di afflittività minore rispetto alla sanzione penale comminata.

Tale conclusione è confermata dal tenore dell'art. 16 co. 1 D.lgs. 286/98 così come novellato dalla L. 94/2009 da cui emerge che la predetta misura può essere disposta unicamente "qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14 comma 1 del presente testo unico che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica".

Da ciò consegue che il giudice di pace può applicare tale misura amministrativa sostitutiva unicamente nel momento in cui lo straniero può essere immediatamente espulso per essere venuti meno i presupposti che hanno giustificato il trattenimento nel predetto centro, come accade nel caso di accompagnamento immediato alla frontiera o nel caso in cui lo straniero, trattenuto al centro, una volta convalidato il provvedimento del Questore, sia in attesa dell'esecuzione materia dell'espulsione.

Conseguentemente la misura sostitutiva va disposta qualora siano venute meno le condizioni ostative per l'esecuzione materiale dell'espulsione, già disposta con decreto prefettizio.

Il legislatore ha configurato quindi una speciale causa di esclusione dell'applicazione della sanzione penale, consentendo al giudicante di prendere atto dell'esecuzione materiale dell'espulsione prefettizia e, ritenuta la stessa quale sanzione congrua anche ai fini penali.

Con riguardo alla violazione dell'art. 3 e 25 Cost perché con tale norma non viene punita una condotta ma una condizione e art. 2 Cost per violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, si osserva che il reato in esame configura una fattispecie di reato di pericolo astratto in cui il legislatore ha inteso anticipare la soglia di punibilità sanzionando comportamenti che si pongono in violazione di norme amministrative di controllo.

In sede di accertamento dell'elemento oggettivo del reato occorrerà valutare non solo la sussistenza dell'offensività in concreto della condotta ma anche il grado di lesività della stessa rispetto all'oggettività giuridica tutelata, costituendo così la speciale tenuità del fatto un'estrinsecazione del principio di

sussidiarietà e frammentarietà proprio del diritto penale in fase applicativa della norma penale ([4]).

Questo giudizio si ritiene in particolar modo necessario in considerazione della particolare natura del reato in esame.

Le ipotesi, commissive ed omissive, di cui all'art. 10 bis D.lgs. 286/98 configurano infatti fattispecie di reato di pericolo astratto in cui il legislatore ha inteso anticipare la soglia di punibilità del bene giuridico della sicurezza pubblica sanzionando così condotte violative di norme di controllo.

In tale tipologia di reato il rispetto delle norme amministrative finalizzate al controllo dell'ingresso e del soggiorno del cittadino extracomunitario assurge così al rango di oggettività giuridica. Le stesse però non vengono tutelate in quanto tali, non potendo il diritto penale essere posto a tutela di funzioni amministrative, ma, in virtù del collegamento necessario con il bene giuridico primario della sicurezza pubblica, in quanto bene giuridico secondario e strumentale alla tutela di quest'ultimo.

In tale ottica, le fattispecie di reato di pericolo astratto (o presunto) pur caratterizzandosi per una valutazione di pericolosità della condotta già formulata dal legislatore non per questo comportano il venir meno del potere-dovere del giudicante di valutare in concreto la sussistenza dell'offensività della condotta e, come nel caso dell'istituto della particolare tenuità del fatto, della necessità della verifica dell'applicazione della sanzione penale nel caso concreto.

Tali fattispecie di reato, invece, proprio in considerazione del fatto che, nell'ottica di una concezione unitaria del bene giuridico, sono dirette a sanzionare comportamenti lesivi di un bene che si pone in relazione strumentale rispetto ad una ulteriore oggettività giuridica, necessitano di una continua verifica in concreto da parte del giudicante della sussistenza di un'effettiva lesione dell'interesse oggettivo principale.

Tale verifica è resa necessaria al duplice fine dal un lato di applicare la norma ai soli fatti concretamente offensivi ([5]), in conformità al principio costituzionale della necessaria offensività della condotta e dall'altro, nel rispetto del principio di sussidiarietà, di escludere dall'operatività della norma incriminatrice quelle condotte che presentano un'offensività minima del bene primario e che non giustificano nel caso concreto l'esercizio dell'azione penale ([6]).

Inoltre la circostanza che nell'art. 34 D.lgs. 274/00 sia espressamente prevista la mancata opposizione della persona offesa, non può condurre ad un'interpretazione restrittiva in ordine all'operatività di tale istituto, in quanto tale previsione risponde unicamente alla finalità di accertare la volontà della persona offesa del reato in presenza di reato perseguibile a querela di parte ([7]).

Conclusivamente il giudice penale in sede di accertamento del reato da un lato non deve limitarsi ad accertare la violazione della norma amministrativa di controllo bensì deve valutare l'effettiva lesione dell'oggettività giudica, dall'altro lato deve valutare la sussistenza di una condotta non tenue ai sensi dell'art. 34 D.lgs. 274/00, espressione del principio di frammentarietà-sussidiarietà della norma penale e "personalizzare" l'applicazione della stessa alla luce dei criteri formulati dall'ultimo periodo del primo comma dell'articolo in esame ovvero tenendo conto "del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può arrecare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato" e nel rispetto degli artt. 25 e 27 Cost..

Anche tale eccezione è manifestamente infondata.

Infine la scelta del legislatore di prevedere a garanzia del controllo dei flussi migratori e della disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale una sanzione penale attiene ad una valutazione di politica legislativa, sottesa ad un grave problema di natura umanitario oltre che economico e sociale. Conseguentemente se questo può essere oggetto di un utile confronto in ambito di politica giudiziaria, non consente una pronuncia di costituzionalità in quanto questa si tradurrebbe in un inammissibile sindacato sulla discrezionalità del legislatore in materia di politica criminale.

Anche tale eccezione è manifestamente infondata.

Alla medesima udienza il giudice, in assenza di ulteriori questioni preliminari ex art. 491 c.p.p., dichiarava aperto il dibattimento, ammetteva le prove come da ordinanza e provvedeva, ai sensi degli artt. 29 co. 7 D.lgs. 274/00 e 431 co. 1 c.p., alla formazione del fascicolo del dibattimento nel contraddittorio delle parti e rinviava la causa ad altra udienza per l'espletamento dell'istruttoria dibattimentale.

Successivamente la causa era rinviata per impedimento del giudice.

All'odierna udienza l'istruttoria era espletata con l'esame del teste ass. capo *****, al termine della quale, il giudice, ritenuta la causa sufficientemente istruita, dichiarava chiusa l'istruttoria, quindi invitava alla discussione, dichiarava chiuso il dibattimento e dava lettura del dispositivo della sentenza.

Per quanto attiene all'individuazione della fattispecie di reato contestata, occorre preliminarmente rilevare che il legislatore ha definito gli elementi costitutivi del fatto criminoso mediante l'utilizzo di elementi normativi giuridici, rinviando ad una norma diversa da quella incriminatrice -ovvero le disposizioni del D.lgs. 286/98 che disciplinano l'ingresso ed il soggiorno irregolare dello straniero, cittadino extracomunitario - per l'individuazione delle fattispecie di reato

Conseguentemente al fine di garantire la tassatività della fattispecie occorrerà fare riferimento, in sede d'individuazione e valutazione della sussistenza del reato, alle ipotesi tipizzate dall'art. 13 co. 2 D.lgs. 286/98.

Per quanto attiene alla verifica della sussistenza della condotta tipica contestata all'imputato, ovvero l'ingresso illegale nel territorio dello Stato occorre rilevare che tale fattispecie si sostanzia in una condotta diretta ad eludere i controlli alla frontiera.

Pertanto tale ipotesi sussisterà in concreto sia nel caso in cui lo straniero faccia ingresso nel territorio dello Stato non sottoponendosi al controllo dei varchi Schengen, che nel caso in cui il medesimo straniero utilizzi documentazione falsa.

In entrambi i casi, infatti, si viola l'oggettività giuridica tutelata dalla norma che si concretizza nell'integrità delle frontiere dello Stato realizzata mediante la sottoposizione dello straniero ai controlli all'ingresso nei varchi appositamente istituiti ([8]).

Sussiste nel caso di specie l'elemento materiale della condotta in quanto l'imputato ha fatto ingresso nel territorio dello Stato senza sottoporsi ai controlli di frontiera [cfr. teste ass. capo *****: "Il primo accertamento che abbiamo eseguito tramite rilievi foto dattiloscopici ha permesso di accertare che era stato sottoposto a questi rilievi solo una volta, ma incrociando i dati anagrafici attraverso la banca dati sdi, ho accertato che lo stesso era stato sottoposto anche ad altri precedenti foto dattiloscopici, quindi avevano una incongruenza sui riscontri afis. Però le verifiche ho fatto attraverso il locale ufficio immigrazione, non aveva permesso di soggiorno" e quanto all'identificazione: "Mi sono occupato dell'accertamento eseguito a seguito di rilievi foto dattiloscopici e sdi, da qua ho accertato che il soggetto in questione era in possesso di un documento italiano, se non erro sembra che avesse la patente di guida, scaduta nel 2003"].

Per quanto attiene all'elemento soggettivo del reato questo sussiste nell'entità del dolo, avendo questi fatto ingresso nel territorio dello Stato senza utilizzare i varchi Schengen [cfr. teste ass. capo *****: "Aveva una patente di guida italiana scaduta sei anni prima, non aveva il permesso di soggiorno, non aveva il passaporto al seguito e mi sembra che non avesse nemmeno alcun decreto di espulsione a suo carico. PM: Altri reati? Teste: Ho accertato che aveva pregiudizi ma non ricordo quali"].

In assenza di cause di esclusione dell'antigiuridicità, sussiste il reato contestato.

Non è applicabile al caso di specie l'istituto della tenuità del fatto stante la gravità della condotta desunta dal periodo di permanenza nel territorio dello Stato e dalla gravità delle lesioni dell'oggettività giuridica della sicurezza delle frontiere dello Stato - intesa quale bene giuridico strumentale alla tutela della sicurezza pubblica.

Per quanto attiene al trattamento sanzionatorio visto l'art. 133 c.p.p. l'imputato viene condannato alla pena di Euro 5.000,00 oltre al pagamento delle spese processuali.

La pena base viene fissata in Euro 7.500,00 in considerazione del tempo trascorso nel territorio dello Stato. Vengono concesse le attenuanti generiche stante l'assenza di precedenti penali e così si avrà 5.000,00.

Non viene disposta la misura amministrativa sostitutiva dell'espulsione non sussistendone le condizioni di cui all'art. 16 co. 1 D.lgs. 286/98.

Come già rilevato, la Corte Costituzionale ha chiaramente qualificato tale sanzione come misura amministrativa atipica per la quale pertanto non trova il sistema di garanzie previsto dal legislatore costituzionale per le pene criminali ([9]).

Da ciò deriva che tale misura deve trovare applicazione in primo luogo in via eccezionale e secondariamente al fine di applicare al condannato una misura avente un connotato di afflittività minore rispetto alla sanzione penale comminata.

Tale conclusione è confermata dal tenore dell'art. 16 co. 1 D.lgs. 286/98 così come novellato dalla L. 94/2009 da cui emerge che la predetta misura può essere disposta unicamente "qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14 comma 1 del presente testo unico che impediscono l'esecuzione

immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica".

Da ciò consegue che il giudice di pace può applicare tale misura amministrativa sostitutiva unicamente nel momento in cui lo straniero può essere immediatamente espulso per essere venuti meno i presupposti che hanno giustificato il trattenimento nel predetto centro, come accade nel caso di accompagnamento immediato alla frontiera o nel caso in cui lo straniero, trattenuto al centro, una volta convalidato il provvedimento del Questore, sia in attesa dell'esecuzione materiale dell'espulsione.

Conseguentemente la misura sostitutiva va disposta qualora siano venute meno le condizioni ostative per l'esecuzione materiale dell'espulsione, già disposta con decreto prefettizio.

Il legislatore ha configurato quindi una speciale causa di esclusione dell'applicazione della sanzione penale, consentendo al giudicante di prendere atto dell'esecuzione materiale dell'espulsione prefettizia e, ritenuta la stessa quale sanzione congrua anche ai fini penali.

Pertanto non essendo in corso di esecuzione l'espulsione dello straniero in via amministrativa ai sensi degli artt. 13 e 14 D.lgs. 274/00, non viene disposta la misura sostitutiva di cui all'art 16 co. 1 D.lgs. 286/98.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Bologna,

-

visti gli artt. 533 e 535 c.p.p. dichiara l'imputato colpevole del reato ascrittogli e, per l'effetto, concesse le attenuanti generiche, lo condanna alla pena di Euro 5.000,00 di ammenda oltre al pagamento delle spese processuali;

-

motivazione in sessanta giorni.

Così deciso in Bologna, il 15.12.2010

Il Giudice di Pace

Avv. *****

[1] cfr. Corte costituzionale, Ord. n. 369 del 14-28.07.1999: "Considerato che le censure avanzate dal rimettente muovono da un presupposto interpretativo erroneo, in quanto l'espulsione prevista dalla norma in discussione, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma come una misura amministrativa per i caratteri che assume; che depone in tal senso la lettera della norma, che qualifica l'espulsione come "misura", non rilevando la diversa espressione "sanzione sostitutiva" adottata nella rubrica dell'art. 14; che anche dal punto di vista sostanziale siffatta misura solo indirettamente riveste un contenuto afflittivo, posto che il suo effetto tipico si risolve nell'allontanamento dal territorio dello Stato di soggetti che vi sono entrati o vi si trattengono abusivamente, o che hanno tenuto condotte sintomatiche di situazioni di pericolo per la pubblica sicurezza previste come tali dalla legge; che il momento esecutivo della misura è affidato all'autorità amministrativa (art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 1998), al contrario di quanto avviene per l'esecuzione della pena, che è promossa dal pubblico ministero (art. 655 del codice di procedura penale); che, inoltre, l'art. 14, comma 1, richiama le condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 11, così rendendo evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica; che, pertanto, le caratteristiche formali e sostanziali dell'espulsione dello straniero devono far escludere che quest'ultima, come concretamente regolata dall'art. 14 in esame, possa farsi rientrare nel genus delle sanzioni penali, sebbene la circostanza per cui l'espulsione sia disposta dal giudice investito di un'azione penale ne metta in risalto il carattere assolutamente peculiare rispetto ad altre ipotesi, pur presenti nel nostro ordinamento, in cui il giudice penale è chiamato ad applicare misure di natura amministrativa; che, una volta chiarita la natura non penale della misura, risultano non pertinenti i profili di illegittimità costituzionale prospettati dal rimettente, sì che la questione va dichiarata manifestamente infondata per erroneità del presupposto interpretativo".

[2] cfr. Corte Costituzionale, Ord. 08-14.07.2004: "Con l'ordinanza n. 369 del 1999 questa Corte ha avuto occasione di definire la natura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva disciplinata dal comma 1

dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998 (già art. 14 della legge 6 marzo 1998, n. 40, rimasto immutato dopo le modifiche recate dalla legge n. 189 del 2002), che presenta rilevanti affinità con l'espulsione a titolo di sanzione alternativa oggetto delle attuali questioni di legittimità costituzionale, essendo anch'essa, tra l'altro, attribuita alla competenza di un organo giurisdizionale, nella specie il giudice del processo di cognizione; che in tale decisione la Corte ha sostenuto che l'espulsione, pur se disposta dal giudice, si configura come una misura di carattere amministrativo, in quanto, da un lato, la sua esecuzione è affidata al questore anziché al pubblico ministero, dall'altro il testo dell'art. 16, comma 1, «richiama le condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa prevista dall'art. 11 [ora art. 13] del decreto legislativo n. 286 del 1998, così rendendo evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica»; che, affermata la natura amministrativa dell'espulsione, la Corte ha ritenuto non pertinenti i profili di illegittimità costituzionale allora prospettati in base al presupposto che l'espulsione integrasse gli estremi di una sanzione penale;

che, sulla base della interpretazione accolta nell'ordinanza n. 369 del 1999, da cui questa Corte ritiene di non discostarsi, va riconosciuta natura amministrativa anche alla espulsione prevista dall'art. 16, comma 5, del decreto legislativo n. 286 del 1998, posto che anche tale misura è subordinata alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 13, alla quale si dovrebbe comunque e certamente dare corso al termine dell'esecuzione della pena detentiva, cosicché, nella sostanza, viene solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni; che la natura amministrativa dell'espulsione in esame rende privi di fondamento tutti i profili di illegittimità costituzionale prospettati dai rimettenti sul presupposto che, essendo l'espulsione una misura alternativa alla detenzione o comunque una sanzione penale, ad essa debbano applicarsi, sia sul terreno sostanziale che su quello processuale, le garanzie stabilite per la pena;

che, peraltro, la natura amministrativa comporta che l'istituto sia comunque assistito dalle garanzie che accompagnano l'espulsione disciplinata dall'art. 13 del decreto legislativo n. 286 del 1998; che alcune di tali garanzie sono espressamente previste nei commi 5 e seguenti dell'art. 16, mentre altre si atteggiavano in maniera diversa, stante il differente contesto processuale in cui intervengono i due provvedimenti di espulsione, ovvero possono essere desunte in via interpretativa attraverso il confronto tra gli artt. 13 e 16 del menzionato decreto legislativo; che sono comuni alle due disposizioni, tra l'altro: il divieto, previsto rispettivamente nell'art. 13, comma 12, e nell'art. 16, comma 9, di procedere all'espulsione dello straniero che si trovi nelle condizioni elencate nell'art. 19; l'impugnabilità del provvedimento di espulsione, rispettivamente prevista nel comma 8 dell'art. 13 e, con effetto sospensivo, nei commi 6 e 7 dell'art. 16; la

garanzia del decreto motivato, rispettivamente richiamata nel comma 3 dell'art. 13 e nel comma 6 dell'art. 16”.

[3] cfr. Corte costituzionale, Ord. n. 369 del 14-28.07.1999: “Considerato che le censure avanzate dal rimettente muovono da un presupposto interpretativo erroneo, in quanto l'espulsione prevista dalla norma in discussione, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma come una misura amministrativa per i caratteri che assume; che depone in tal senso la lettera della norma, che qualifica l'espulsione come "misura", non rilevando la diversa espressione "sanzione sostitutiva" adottata nella rubrica dell'art. 14; che anche dal punto di vista sostanziale siffatta misura solo indirettamente riveste un contenuto afflittivo, posto che il suo effetto tipico si risolve nell'allontanamento dal territorio dello Stato di soggetti che vi sono entrati o vi si trattengono abusivamente, o che hanno tenuto condotte sintomatiche di situazioni di pericolo per la pubblica sicurezza previste come tali dalla legge; che il momento esecutivo della misura è affidato all'autorità amministrativa (art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 1998), al contrario di quanto avviene per l'esecuzione della pena, che è promossa dal pubblico ministero (art. 655 del codice di procedura penale); che, inoltre, l'art. 14, comma 1, richiama le condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 11, così rendendo evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica; che, pertanto, le caratteristiche formali e sostanziali dell'espulsione dello straniero devono far escludere che quest'ultima, come concretamente regolata dall'art. 14 in esame, possa farsi rientrare nel genus delle sanzioni penali, sebbene la circostanza per cui l'espulsione sia disposta dal giudice investito di un'azione penale ne metta in risalto il carattere assolutamente peculiare rispetto ad altre ipotesi, pur presenti nel nostro ordinamento, in cui il giudice penale è chiamato ad applicare misure di natura amministrativa; che, una volta chiarita la natura non penale della misura, risultano non pertinenti i profili di illegittimità costituzionale prospettati dal rimettente, sì che la questione va dichiarata manifestamente infondata per erroneità del presupposto interpretativo”.

[4] cfr . Cassazione penale, Sez. IV, Sent. n. 43383 del 28.09-23.11.2007: “Ed invero, "l'offesa è elemento essenziale e costante di tutti i reati" e che anche i reati di pericolo astratto, in realtà, seppure in maniera strumentale, afferiscono alla protezione di beni finali e, comunque, di interessi giuridicamente rilevanti, giacché i reati - funzione ed anche quelli - ostacolo possono ledere in via indiretta beni giuridici, giacché i

limiti della determinatezza della fattispecie e dell'offensività sia pure indiretta tale da non far "perdere completamente di vista l'evento offensivo" attengono ai principi costituzionali della tipicità e dell'offensività della fattispecie cioè alla concezione del reato come fatto tipico lesivo di un bene".

[5] cfr. Corte costituzionale, 18 luglio 1997, n. 247: "Per quanto concerne l'offensività in concreto delle condotte incriminate posto che, secondo il giudice a quo, "la normativa non individua né descrive le categorie di attività soggette a regime autorizzatorio è da chiedersi se una norma finalizzata alla tutela del paesaggio non si ponga in effetti in contrasto con il bene costituzionale medesimo, laddove venga interpretata nei termini di una proibizione indiscriminata" è sufficiente richiamare l'indirizzo interpretativo di questa Corte, secondo cui l'accertamento in concreto dell'offensività specifica della singola condotta, anche per i reati formali e di pericolo presunto, in ogni caso, è devoluta al sindacato del giudice penale. Conseguentemente la mancanza di offensività in concreto, lungi dall'integrare un potenziale vizio di costituzionalità, implica una valutazione di merito rimessa al giudice (sentenze n. 360 del 1995; n. 133 del 1992; n. 333 del 1991; n. 296 del 1996)".

[6] cfr. cfr. Cassazione penale, Sez. IV, Sent. n. 43383 del 28.09-23.11.2007: "L'esiguità del fatto attiene ad un modello di tipicità bagattellare, in cui i diversi elementi costitutivi del reato sono graduabili in base ad una formulazione analitica o sintetica dei requisiti in modo da escludere violazioni di principi cardine della Costituzione quali quello di eguaglianza (art. 3 Cost.), quello di tipicità della fattispecie penale e delle cause di esclusione del reato (art. 25 Cost.) e dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.), e si presenta sussistente anche nel caso in cui si riuscisse a raggiungere un diritto penale minimo, espressione di quella considerazione del diritto e della sanzione penale quale "estrema ratio", giacchè, pure in dette fattispecie criminose, potrebbero manifestarsi in concreto fatti di particolare tenuità. La griglia di questi elementi consente di ricostruire la struttura tipica del reato concretamente esiguo, espressione che evidenzia la presenza di un'offensività, anche se minima ("reato"), da valutare in relazione al fatto concreto, in cui non esistono pretese presunzioni legislative, ed alla nozione di esiguità, il cui connotato deve essere ulteriormente chiarito dall'analisi ermeneutica e da un esame complessivo logico - sistematico e teleologico della normativa relativa".

[7] cfr. Cassazione penale, Sez. IV, Sent. n. 43383 del 28.09-23.11.2007: "L'escludere l'applicazione del

D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 34, per alcune tipologie di reato comporterebbe dubbi di legittimità costituzionale in considerazione del percorso motivazionale sviluppato sicché, oltre ad un'analisi ermeneutica letterale e logico - teleologico - storico - sistematica della norma, milita per l'accoglimento dell'esegesi proposta dalla quasi unanime dottrina e dalla costante giurisprudenza di legittimità l'obbligo del giudice ordinario di procedere ad un'interpretazione adeguatrice della disposizione, a parte la costante giurisprudenza secondo cui non è neppure necessaria la presenza di una persona offesa (Cass. sez. 4[^] 17 giugno 2003 n. 25917 rv. 25676), non sussiste un obbligo di motivazione esplicita in ordine a tutti gli elementi richiesti, (Cass. sez. 4[^] 17 settembre 2004 n. 36757 rv. 229688) ed è configurabile l'esercizio di un potere discrezionale, ma non arbitrario, non sindacabile se non nei limiti propri del giudizio di legittimità (Cass. sez. 4[^] 26 ottobre 2004 n. 41702 rv. 230277”.

[8] cfr. Cassazione Civile; Sez. 1; Sent. n. 13864 del 26.09-09.11.2001:

“Pertanto, lo straniero che entri in Italia con l'inganno, data l'irregolarità dell'ingresso, deve essere considerato entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, atteso che il termine "sottrarsi" non significa soltanto sfuggire ai controlli, come avviene nel caso di chi entri clandestinamente nel territorio nazionale, ma anche vanificare l'efficacia di tali controlli, aventi la finalità di impedire ingressi irregolari, giovandosi di un mezzo solo apparentemente legittimo”.

[9] cfr. Corte costituzionale, Ord. n. 369 del 14-28.07.1999: “Considerato che le censure avanzate dal rimettente muovono da un presupposto interpretativo erroneo, in quanto l'espulsione prevista dalla norma in discussione, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma come una misura amministrativa per i caratteri che assume; che depone in tal senso la lettera della norma, che qualifica l'espulsione come "misura", non rilevando la diversa espressione "sanzione sostitutiva" adottata nella rubrica dell'art. 14; che anche dal punto di vista sostanziale siffatta misura solo indirettamente riveste un contenuto afflittivo, posto che il suo effetto tipico si risolve nell'allontanamento dal territorio dello Stato di soggetti che vi sono entrati o vi si trattengono abusivamente, o che hanno tenuto condotte sintomatiche di situazioni di pericolo per la pubblica sicurezza previste come tali dalla legge; che il momento esecutivo della misura è affidato all'autorità amministrativa (art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 1998), al contrario di quanto avviene per l'esecuzione della pena, che è promossa dal pubblico ministero (art. 655 del codice di procedura penale); che, inoltre, l'art. 14, comma 1, richiama le condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa

disciplinata dall'art. 11, così rendendo evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica; che, pertanto, le caratteristiche formali e sostanziali dell'espulsione dello straniero devono far escludere che quest'ultima, come concretamente regolata dall'art. 14 in esame, possa farsi rientrare nel genus delle sanzioni penali, sebbene la circostanza per cui l'espulsione sia disposta dal giudice investito di un'azione penale ne metta in risalto il carattere assolutamente peculiare rispetto ad altre ipotesi, pur presenti nel nostro ordinamento, in cui il giudice penale è chiamato ad applicare misure di natura amministrativa; che, una volta chiarita la natura non penale della misura, risultano non pertinenti i profili di illegittimità costituzionale prospettati dal rimettente, sì che la questione va dichiarata manifestamente infondata per erroneità del presupposto interpretativo”.

<https://www.diritto.it/giudice-di-pace-di-bologna-sezione-penale-sentenza-n-1341-del-15-12-2010/>