



## GIUDICE DI PACE di PORDENONE

Il Giudice di Pace di Pordenone, dr. Raffaele Vairo, nel processo nei confronti di ~~Ospre Ojano~~, nato il ~~15/04/1982~~ in ~~Nigeria~~, domiciliato presso il proprio difensore di fiducia avv. ~~Roberto Mussero~~ del foro di Pordenone, imputato della contravvenzione prevista e punita dall'art. 10-bis del D.Lgs. 286/1998 *perchè, straniero, si tratteneva nel territorio dello Stato italiano in violazione delle disposizioni di cui al citato D.Lgs. 286/1998*, accertato in Cordenons (PN) in data 8 agosto 2009, ha emesso la seguente

### Ordinanza

L'imputato è stato rinviato a giudizio per rispondere della contravvenzione di cui all'art. 10-bis del D. Lgs. 25 luglio 1998, n.286, articolo aggiunto dalla lettera a) del sedicesimo comma dell'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94.

All'udienza del 28 settembre 2009 il P.M. sollevava eccezioni di incostituzionalità della norma asseritamente violata, ritenendola in contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27 e 97 della Costituzione.

Osservava il P.M. che la norma, sotto la rubrica "*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*,, punisce, con l'ammenda da € 5.000,00 a 10.000,00, lo straniero che fa ingresso o si trattiene nel territorio dello Stato, in quanto violerebbe le disposizioni del D.Lgs. 286/1998 nonché le disposizioni di cui al comma 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68 (Disciplina del soggiorno di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio).

La norma, quindi, come rileva il P.M.: a) punisce, a titolo di contravvenzione e con una pena soltanto pecuniaria, l'ingresso e il soggiorno *illegale* nel territorio dello Stato, per tale intendendosi quello normalmente qualificato come *clandestino*; b) per tale reato, secondo quanto statuisce l'ultimo inciso del primo comma del citato articolo 10-bis D.Lgs 286/1998, è esclusa l'applicazione dell'art. 162 del codice penale; c) il reato in questione è sottoposto alla condizione di procedibilità che lo straniero non sia effettivamente espulso o respinto.

Ne inferiva che, trattandosi di un reato contravvenzionale, la sola pena pecuniaria prevista per la contravvenzione non costituirebbe un deterrente efficace per soggetti che sono spinti ad emigrare da condizioni di vita disperate, esponendo se stessi e i propri cari a gravi pericoli.

Sotto il profilo processuale la nuova norma, al terzo comma stabilisce che "*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*,, e, cioè:

- La "*presentazione immediata dell'imputato al giudizio*,, (art. 20 bis, introdotto dalla lettera b) del 17° comma dello stesso art. 1 della L. 94/2009;

- La *“citazione contestuale dell'imputato in udienza,*, quando *“ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ai sensi del comma 3 del medesimo articolo,*, (art. 20 ter, introdotto anch'esso dalla lettera b) del 17° comma dello stesso art. 1 della L. 94/2009);
- lo svolgimento del processo secondo una procedura simile al giudizio direttissimo (art. 32 bis, introdotto dalla lettera c) del 17° comma dello stesso art. 1 della L. 94/2009).

La nuova norma, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale, appare, sempre ad avviso del P.M., in palese contrasto con i principi posti dagli artt. 3, 24, 25, 27 e 97 della Costituzione, per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità ed offensività..

Sotto il profilo sostanziale, la norma ha configurato quale reato una mera condizione, quella di semplice irregolarità dello straniero che *“di per sè, non è univocamente sintomatica di una pericolosità sociale”*.

Ulteriore elemento, ad avviso del P.M., sarebbe costituito dal fatto che la norma punisce non solo l'ingresso irregolare, ma anche lo straniero che si trattiene nel territorio dello Stato in modo irregolare, violando così il disposto del secondo comma dell'art. 25 della Costituzione in quanto finirebbe con il punire un soggetto per una condotta passata, *“a meno di non voler ritenere – cosa peraltro anch'essa palesemente in contrasto con la Costituzione – che la norma, pur non indicandolo espressamente, ha previsto un generale obbligo di abbandonare l'Italia, immediatamente ed il giorno stesso della sua entrata in vigore, per gli stranieri in condizione di clandestinità,,*

Al riguardo, sottolinea il P.M., nel D.Lgs. 286/1998 è già contemplata l'ipotesi di reato consistente nel *trattenersi nel territorio dello Stato, allorchè lo straniero, nei cui confronti fosse stato emesso il provvedimento del Questore contenente l'ordine di lasciare il territorio dello Stato, non vi ottemperasse. “Tale ipotesi è certamente più grave di quella prevista dall'art. 10 bis, in quanto la condotta è posta in essere da chi ha ricevuto un espresso provvedimento di allontanamento e lo viola volutamente, tanto vero che è stata configurata come delitto. Per tale delitto, tuttavia, è espressamente prevista una causa di esclusione della configurabilità del reato costituita dal giustificato motivo che, come ha avuto modo di precisare tanto la giurisprudenza della Consulta quanto quella della Cassazione, va individuato in tutte quelle circostanze concrete che rendono oggettivamente inesigibile l'ottemperanza all'ordine,,*

Altro motivo di incostituzionalità della norma in esame sarebbe costituito dal disposto contenuto nell'ultimo inciso del primo comma dell'art. 10-bis del D.Lgs. 286/1998 che sancisce: *“Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale,,*. Tale disposto sarebbe in evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione per violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge.

Infine, la pena prevista per il reato di clandestinità non si ispirerebbe al principio di proporzionalità e di ragionevolezza, in quanto la pena: (a) viene utilizzata pur in presenza di altri strumenti idonei al raggiungimento dello scopo; (b) nello specifico, la nuova figura di reato si sovrappone integralmente a quella dell'espulsione quale misura amministrativa.

Un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 97 della Costituzione il P.M. ravvisa nel procedimento, creato *ad hoc*, molto simile a quello disciplinato dagli artt. 449 e 452 c.p.p. *“nonostante per il reato stesso sia stata prevista, come condizione di procedibilità, la mancata esecuzione dell'espulsione o del respingimento,,* in quanto:

a) la macchina giudiziaria verrebbe onerata di un carico di lavoro così consistente che potrebbe derivarne, in tempi brevi, la paralisi degli uffici con una notevole ricaduta sui procedimenti di maggiore rilevanza sociale;

b) il richiamo dell'art. 345 c.p.p., poi, creerebbe una evidentissima ed assurda serie di procedimenti che potrebbero protrarsi all'infinito: *l'immigrato viene processato ed è prosciolto (per non luogo a procedere) se se ne va o viene eseguita l'espulsione. Ma se torna in Italia, come accade spesso, deve essere di nuovo processato e punito, salvo che venga espulso di nuovo*, e così all'infinito;

c) lo scenario non muterebbe neanche nell'ipotesi di celebrazione del processo e la condanna del clandestino.

Il difensore dell'imputato dichiarava di condividere tutte le eccezioni proposte dal P.M.

Il Giudice si riservava.

A scioglimento della riserva, il Giudice dichiara che le eccezioni proposte dal P.M., e condivise dal difensore dell'imputato, **non sono manifestamente infondate**, per le ragioni che seguono.

Secondo un orientamento dottrinale, un fatto sarebbe da considerarsi reato quando è previsto come tale da una norma penale. Quindi, per la sussistenza del reato sarebbe sufficiente la realizzazione di un comportamento materiale corrispondente al fatto enunciato dalla norma incriminatrice, indipendentemente dalle conseguenze che ne possano derivare, anche nell'ipotesi che nessun bene tutelato dall'ordinamento sia stato leso o sia stato semplicemente posto in pericolo.

Un secondo indirizzo dottrinale, invece, ritiene che, perchè un fatto possa qualificarsi quale reato, non è sufficiente che si realizzi in un mero comportamento vietato dalla norma penale, ma occorre che esso sia idoneo ad incidere *nel mondo esterno (al soggetto agente) in modo tale da pregiudicare (a livello di danno o di pericolo) un quid cui il contesto sociale ed il diritto penale attribuiscono un significato di valore* (bene giuridico). Più precisamente, la teoria del reato richiede che il fatto incriminato sia, oltre che **tipico** (principio di legalità) e **colpevole** (principio di colpevolezza), anche **offensivo** (principio di offensività).

Pur nella diversità degli indirizzi dottrinari, i giuristi dell'uno o dell'altro indirizzo manifestano, tuttavia, la propensione nell'individuare negli articoli 13, 21, 25, 27 della Costituzione il fondamento costituzionale dei principi sopra enunciati.

L'art. 13 Cost. individua nella libertà personale il bene supremo della persona; libertà che può essere limitata con la norma penale soltanto per tutelare beni di pari rango costituzionale da determinate modalità di aggressione; l'art. 25, comma 2, Cost. indica nel fatto e, quindi, nella condotta materiale ed **offensiva**, il comportamento punibile per legge; l'art. 27, comma 3, Cost., pone in evidenza la funzione educativa della pena che verrebbe compromessa nell'ipotesi di previsione di una sanzione penale a carico di un soggetto resosi responsabile di una mera disobbedienza, in quanto *il soggetto che abbia commesso un fatto inoffensivo non riuscirebbe a comprendere la ragione della punizione*; infine, l'art. 21 Cost., che tutela la libera manifestazione del pensiero.

Da tanto non si discosta il P.M. che ritiene la nuova norma circa il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato in contrasto con i principi posti dagli artt. 3, 24, 25, 27 della Costituzione.

Il principio di offensività, cui fa riferimento il P.M., esige, dunque, che, affinché possa configurarsi un reato, occorre un comportamento che, oltre a corrispondere alla fattispecie descritta dalla norma, sia colpevole ed **offensivo**, idoneo, cioè, a ledere o porre in pericolo un bene costituzionalmente significativo o comunque non incompatibile con la Costituzione. In altri termini, il reato è ritenuto dal P.M. come un fatto umano che aggredisce un bene giuridico meritevole di protezione da parte di un legislatore che si muove nel quadro dei valori costituzionali (*nullum crimen sine iniuria*), semprechè la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla pena e le sanzioni di tipo non penale non siano sufficienti a garantire un'efficace tutela.

Nello stesso senso sembra muoversi la giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo la quale: a) "il mancato possesso del titolo abilitativo alla permanenza nello Stato,, da parte dello straniero non può considerarsi reato, in quanto non è di per sé idoneo a produrre una particolare pericolosità sociale (Corte Cost., 16.03.2007, n. 78); b) la mera condizione di clandestino non può considerarsi idonea a porre seriamente in pericolo la sicurezza pubblica.

Sicché la criminalizzazione di tale condizione stabilita dalla norma in esame si rivela priva di fondamento giustificativo.

Il legislatore, quindi, non può delineare fattispecie incriminatrici che prescindano dall'esistenza dell'offesa ad un bene giuridico, come è, invece, avvenuto con l'introduzione nel nostro ordinamento del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. Del resto, il fondamento giuridico di quanto testè affermato lo si rinviene, oltre che nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, anche nel secondo comma dell'art. 49 c.p. che esclude la punibilità "quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso,,.

Al riguardo, ad esempio, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 519 del 1995, ha dichiarato incostituzionale il reato di mendicizia, evidenziando che " *non è conforme al canone di ragionevolezza e travalica i limiti assegnati dalla Costituzione al legislatore, il ricorso non necessitato alla tutela penale in difesa di beni giuridici, quali la tranquillità e l'ordine pubblico, che non sono posti in pericolo da manifestazioni non invasive di mera mendicizia, consistenti in una semplice richiesta di aiuto,,.*

Ne consegue che il concetto di bene giuridico: a) impone un limite nelle scelte del legislatore; b) deve guidare il giudice il quale, nell'interpretare la legge, dovrà preferire, tra i significati che si possono attribuire alla lettera della legge, quello che meglio si armonizza con il bene giuridico tutelato.

La norma, poi, oltre alla condotta di ingresso irregolare, punisce lo straniero che si trattiene nel territorio dello Stato in modo irregolare, con ciò violando il secondo comma dell'art. 25 della Costituzione (irretroattività della norma penale), in quanto punisce un soggetto anche per condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore della legge 94/2009. Il P.M. osserva in proposito che nel D.Lgs. 286/1998 è già prevista, nel comma 5-ter dell'art. 14, un'ipotesi di reato consistente nel trattarsi nel territorio dello Stato a seguito di provvedimento del Questore, sottolineando che tale ipotesi "è certamente più grave di quella prevista dall'art. 10 bis, in quanto la condotta è posta in essere da chi ha ricevuto un espresso provvedimento di allontanamento e lo viola volutamente, tanto vero che è stata configurata come delitto. Per tale delitto, tuttavia, è espressamente prevista una causa di esclusione della configurabilità del reato costituita dal *giustificato motivo* che, come ha avuto modo di precisare tanto la giurisprudenza della Consulta quanto quella della Cassazione, va individuato in tutte quelle circostanze concrete che rendono oggettivamente inesigibile l'ottemperanza all'ordine,,. Nell'ipotesi disciplinata dalla norma in esame, che è sicuramente meno grave (sia ontologicamente che giuridicamente, essendo stata configurata come contravvenzione punita con la sola ammenda) rispetto a quella di cui al comma 5 dell'art. 14, non è prevista alcuna causa di esclusione, il che costituisce una ulteriore, evidentissima violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza.

Altra norma sospetta di incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, è quella contenuta nell'ultimo inciso del primo comma dell'art. 1 della legge n. 94/2009, secondo cui "Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale,,. Al riguardo il giudice osserva che nessuna norma dell'ordinamento giuridico discrimina il cittadino dallo straniero irregolare, per cui l'esclusione di quest'ultimo dalla possibilità di utilizzare l'istituto dell'oblazione, creando una sorta di regime speciale che riguarda un'intera categoria di soggetti (gli stranieri clandestini) viola il principio di uguaglianza sancito, appunto, dall'art. 3 della Costituzione. Il P.M., in ciò confortato dalla Cassazione (Cass. Pen., n. 5811/2004), ritiene fondatamente che il ricorso all'oblazione sia un vero e proprio diritto soggettivo per l'imputato di contravvenzione punita con la sola pena dell'ammenda, con

conseguente estinzione del reato; ebbene, tale diritto viene negato immotivatamente al migrante clandestino solo perchè tale.

Sotto il profilo sanzionatorio, il P.M. ha sollevato dubbi sui caratteri della pena prevista per questa contravvenzione.

In effetti, la norma non tiene affatto conto della *ratio* che deve rivestire la sanzione penale che, nel rispetto del principio di proporzionalità, dev'essere utilizzata *solo in mancanza di altri strumenti idonei al raggiungimento dello scopo mentre, nel caso di specie, la nuova figura di reato si sovrappone integralmente a quella dell'espulsione quale misura amministrativa, il che mette in luce la sua assoluta irragionevolezza.*

Sotto il profilo processuale la norma sarebbe, sempre ad avviso del P.M., in evidente contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto rischia di aggravare la crisi degli uffici giudiziari già in situazioni di notevole precarietà con conseguente ricaduta sul buon andamento dall'amministrazione della giustizia. Tanto più che, per il reato in esame, è stato previsto un procedimento molto simile a quello disciplinato dagli artt. 449 – 452 c.p.p., scelta, questa, giudicata irrazionale dal P.M., dal momento che la competenza è stata attribuita al Giudice di Pace, davanti al quale, è utile ricordarlo, l'art. 17 della legge 24 novembre 1999, n. 468, prevede un procedimento che si svolge *con le massime semplificazioni rese necessarie dalla competenza dello stesso giudice.*

Effettivamente, come è stato ben evidenziato dalla memoria scritta del P.M.:

- a) la macchina giudiziaria verrà onerata di un carico di lavoro tale da incidere pesantemente sul buon funzionamento degli uffici;
- b) il richiamo all'art. 345 c.p.p. potrebbe causare <<*una assurda sequela di processi senza scopo e senza pena*>>, in quanto *l'immigrato viene processato ed è prosciolto (per non luogo a procedere) se se ne va o viene eseguita l'espulsione. Ma se torna in Italia, come accade spesso, deve essere di nuovo processato e punito, salvo che venga espulso di nuovo, nel qual caso si farà luogo ad una nuova sentenza di proscioglimento che, ex art. 345 c.p.p., sarà di nuovo revocata da un successivo rientro... e così all'infinito.*

Lo scenario non cambia neanche nell'ipotesi di celebrazione del processo con condanna del clandestino

La circolare n. 557/LEG/240520.09/3^P, emanata dal Capo della Polizia – Direttore Generale della Pubblica Sicurezza – del 7 agosto 2009, avente ad oggetto: Legge 15 luglio 2009, n. 94, recante: *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza*, conferma: “se lo straniero rientra illegalmente in Italia prima della scadenza del divieto di reingresso, l'azione penale va riproposta ,,

Infatti, se esiste la possibilità di applicare l'espulsione come sanzione sostitutiva, *“tale espulsione, tuttavia, si affianca semplicemente a quella amministrativa che, anzi, come si evince dal già ricordato meccanismo previsto dal quarto e quinto comma della nuova norma, sarà appunto quella cui normalmente si farà ricorso. Ne deriverà, allora, che, di fatto, la celebrazione del processo si sarà limitata ad una mera esibizione di forza da parte dello Stato, senza, peraltro, aver conseguito risultati ulteriori o diversi rispetto a quelli già conseguibili con la normativa previgente se non quello, già evidenziato, di avere inutilmente intasato le Aule dei Giudici di pace e le Procure della Repubblica, costrette, nonostante le notorie difficoltà già esistenti, ad affrontare un procedimento direttissimo molto rapido ed impegnativo senza prospettive di risultati concreti,,.*

Quanto alla tesi dei difensori della norma in questione, secondo la quale il reato di *clandestinità* sarebbe previsto da altre legislazioni di Stati Europei (ad esempio Germania, Francia e Gran Bretagna), va chiarito che tale tesi non tiene conto delle sostanziali differenze esistenti tra i vari ordinamenti, *“non ultima la diversità in tema di obbligatorietà dell'azione penale, non prevista generalmente nei sistemi giuridici anglosassoni mentre da noi è consacrata nella Costituzione – in tutti tali Stati non vi è alcuna sovrapposizione tra sanzione penale e sanzione amministrativa ed il procedimento penale garantisce un risultato non ottonibile per le vie amministrative come avviene, invece, nel nostro Ordinamento,,.*

Sulla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale va precisato quanto segue.

La questione di legittimità costituzionale di tali norme si pone come una vera e propria questione pregiudiziale, un antecedente logico-giuridico necessario per la decisione della causa, ed è, pertanto, **palesamente rilevante** nel giudizio in esame.

*PQM*

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 legge n. 87/1953;

Dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, articolo aggiunto dalla lettera a) del sedicesimo comma dell'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 9, con riferimento agli articoli 3, 24, 25, 27 e 97 della Costituzione.

Dispone la sospensione del procedimento e la immediata trasmissione degli atti del presente procedimento alla Corte Costituzionale:

Ordina che a cura della Cancelleria la presente ordinanza sia notificata all'imputato, al difensore, al Pubblico Ministero e al Presidente del Consiglio dei Ministri e che sia comunicata al Presidente della Camera dei deputati e al Presidente del Senato della Repubblica.

Pordenone, 8 settembre 2009



IL GIUDICE DI PACE  
Dott. Raffaele VAIRO

*Raffaele Vairo*

Ufficio del Giudice di Pace di Pordenone

Deposita in Cancelleria oggi ~~8~~ 08 OTT. 2009

IL CANCELLIERE  
Dott. Maria P. VITO

*[Handwritten signature]*