

GIUDICE DI PACE DI TORINO

SEZIONI IMMIGRATI

R.G. P.M. n. 09/3366

R.G. GdP n. 09/999

Il Giudice di Pace dott. Polotti di Zumaglia Alberto

Nel processo penale a carico di

EID ABDELLATIF EID ASER

nato ad Alessandria d'Egitto (Egitto) il 8/5/1973 domiciliato in Coassolo Torinese, v. Magnetti n. 150, libero presente, assistito e difeso di fiducia dall'avv. Guido Savio; *imputato* del reato di cui all'art. 10 bis d.l.vo 25/7/1998 n. 286 (in relazione agli artt. 4 e 5 del medesimo testo unico) perché quale cittadino straniero faceva ingresso illegale nel territorio dello Stato (in quanto sprovvisto di passaporto o di altro documento equipollente e/o del necessario visto di ingresso, previsti dall'art. 4 d.l.vo n. 286/98 e non versando in alcuna ipotesi di esenzione o causa di forza maggiore) o comunque ivi si tratteneva senza conseguire il necessario permesso di soggiorno previsto dall'art. 5 d.l.vo n. 286/98. Accertato in Torino il 1/8/2009

All'udienza del 6 ottobre 2009 ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Premesso che:

- in data 1/9/2009 l'Ufficio Immigrazione della Questura di Torino inviava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Torino richiesta di autorizzazione alla citazione (n.119/09 di Prot.) a sensi dell'art. 20 bis d.lgs. n. 274 del 28/8/2000 e successive modifiche di Eid Abdellatif Eid Aser identificato a mezzo passaporto originale, in relazione agli artt. 4 e 5 del T.U. 286/98, perché quale cittadino straniero faceva ingresso illegale nel territorio dello Stato (in quanto sprovvisto di passaporto o di altro documento equipollente e/o del necessario visto di ingresso, previsti dall'art. 4 d.l.vo n. 286/98 e non versando alcuna ipotesi di esecuzione o di causa di forza maggiore) o comunque ivi si tratteneva senza conseguire il necessario permesso di soggiorno previsto dall'art. 5 d.l.vo n. 286/98;
- con provvedimento del 16/9/2009 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino autorizzava la Polizia Giudiziaria alla presentazione

dell'imputato davanti il Giudice di Pace di Torino per l'udienza del 22/9/2009 alla quale l'imputato stesso compariva regolarmente assistito dal suo difensore; in tale udienza, espletate le formalità d'uso, il Pubblico Ministero sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 bis del d.l.vo n. 286/98 come introdotto dall'art. 1 comma 16 della legge 15/7/2009 n. 94 in relazione agli artt. 2, 3 co. 1, e 25 co. 2 Costituzione per i motivi illustrati con nota scritta contestualmente depositata e chiedeva la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale; il difensore dell'imputato si associava a tale richiesta e produceva certificato di nascita del figlio dell'imputato nato in Italia, decreto di espulsione del Prefetto di Torino ed ordine della Questura di lasciare il territorio dello Stato a carico dello stesso a dimostrazione della rilevanza, nel caso in esame, della risoluzione della questione sollevata dalla Procura, rilevando inoltre che la norma impugnata comporterebbe anche la violazione dell'art. 3 della Costituzione per l'espressa previsione del divieto di obblazionare l'ammenda a differenza di tutti gli altri casi di contravvenzione;

- le censure mosse dalla Procura della Repubblica di Torino all'art. 10 bis del d.l.vo n. 286/98 vengono così sintetizzate: a) l'art. 10 bis d.l.vo n. 286/98 come introdotto dall'art. 1 co. 16 l. 15/7/2009 n.94 appare in contrasto con l'art. 3 Costit. sotto il profilo dell'irragionevolezza della scelta legislativa di criminalizzare l'ingresso e la permanenza clandestini nello Stato Italiano, come si desume dal fatto che l'art. 16 d.l.vo n. 286/98 è stato appositamente modificato per comprendere l'espulsione dello straniero, in presenza di determinati presupposti, come sanzione sostitutiva irrogabile dal Giudice di Pace; ma tale obiettivo era già perfettamente raggiungibile prima dell'adozione della nuova figura di reato con l'adozione dell'espulsione coattiva in via amministrativa ai sensi dell'art. 13 co. 4 d.l.vo n. 286/98 senza modificare i presupposti necessari per l'espulsione, così risultando, detta nuova figura di reato, assolutamente inutile, coesistendo con la predetta espulsione in via amministrativa; l'irragionevolezza della nuova fattispecie penale emerge anche sotto il profilo sanzionatorio introducendo una palese ed irragionevole disparità di trattamento tra soggetti ugualmente destinatari della predetta sanzione sostitutiva; infatti da un lato detta sanzione potrà essere comminata a soggetti condannati con sentenza ex art. 444 c.p.p. per un reato non colposo, ad una pena detentiva non superiore a due anni e sempre che non ricorrano le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p. (come previsto dall'originario art. 16 d.l.vo n. 286/98 non modificato sul punto) e dall'altro potrà essere comminata a soggetti condannati alla sola pena pecuniaria ex art. 10 bis d.l.vo n. 286/98 quindi per un reato certamente meno

grave di quelli che, soli, originariamente giustificavano l'adozione della predetta misura sostitutiva, senza alcuna possibilità per il giudice di renderla concretamente inefficace mediante la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena invece esclusa per il nuovo reato; b) violazione dell'art. 3 Costit. per irragionevole disparità di trattamento tra la nuova fattispecie e quella di cui all'art. 14 co. 5 ter d.l.vo n. 286/98 che prevede la punibilità dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento del Questore solo quando lo stesso si tratti nel territorio dello Stato oltre il termine stabilito e "senza giustificato motivo", condizioni queste che non si ritrovano nella nuova figura criminosa per la quale è, in ipotesi, sufficiente il venir meno, per un qualche motivo, del permesso di soggiorno perché sia immediatamente e autonomamente integrata una ipotesi di trattenimento illecito, senza alcuna possibilità per l'interessato, di addurre una qualche giustificazione o di usufruire di un termine per potersi allontanare così venendo puniti indiscriminatamente ed automaticamente tutti i soggetti irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, senza tener conto dell'eventuale esistenza di situazioni legittimanti tale presenza; c) ulteriore contrasto dell'art. 10 bis d.l.vo n. 286/98 con l'art. 3 Costit. nonché con l'art. 25 co. 2 Costit., avuto riguardo alla configurazione di una fattispecie penale indiscriminatoria, perché fondata su particolari condizioni personali e sociali, anziché su fatti e comportamenti riconducibili alla volontà del soggetto attivo; infatti, solo apparentemente viene sanzionata una condotta (l'azione dell'ingresso e l'omissione del mancato allontanamento) di per se neutra agli effetti penalistici, mentre in realtà il vero oggetto dell'incriminazione è la mera condizione personale dello straniero, costituita dal mancato possesso di un titolo abilitativo all'ingresso e dalla successiva permanenza nel territorio dello Stato che è la condizione tipica del migrante economico e, dunque anche una condizione sociale cioè propria di una categoria di persone; la criminalizzazione del migrante economico appare dunque in contrasto sia con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Costit., che vieta ogni discriminazione fondata, tra l'altro, su condizioni personali e sociali, sia con la fondamentale garanzia costituzionale secondo cui si può essere puniti solo per fatti materiali (art. 25 co. 2 Costit.); d) la nuova fattispecie appare infine in contrasto con l'art. 2 Costit. che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale tanto che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 519 del 1995 dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 670 c.p. (poi abrogato con la l.25/6/1999) che puniva il reato di mendicizia non potendosi

ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale per sanzionare la mera mendicizia non invasiva che risolvendosi in una semplice richiesta di aiuto, non poteva dirsi ponesse seriamente in pericolo i beni giuridici della tranquillità pubblica e dell'ordine pubblico; per di più la nuova fattispecie criminosa pregiudicherebbe indirettamente alcuni diritti inviolabili dell'uomo come, in particolare, il diritto alla propria identità personale e alla cittadinanza fin dal momento della nascita, visto che l'art. 6 del d.l.vo n. 286/98 come ora modificato rende obbligatoria l'esibizione agli uffici della pubblica amministrazione dei documenti inerenti il soggiorno anche per i provvedimenti inerenti agli atti di stato civile ed all'accesso a pubblici servizi con esclusione delle prestazioni sanitarie di cui all'art 35 d.l.vo n. 286/98 e delle prestazioni scolastiche obbligatorie mettendo lo straniero nell'impossibilità di regolarizzare la propria posizione anche sussistendone i presupposti.

OSSERVA

Sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 bis d.l.vo n. 286/98 come introdotto dall'articolo 1 comma 16 della legge 15/7/2009 n. 94.

a) Violazione dell'art. 3 della Costituzione inteso come principio di uguaglianza di fronte alla legge

L'art. 10 bis del d.l.vo n. 286/98 prevede sia punito "... 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'articolo 1 della legge 28 maggio 2007 n. 68..." Ergo il reato non si concreterebbe per questioni diverse da tali norme o per l'inosservanza di direttive CE.

L'art. 1 della l. n. 68/2007 disciplina i soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio per i quali non è richiesto il permesso di soggiorno qualora la durata del soggiorno stesso non sia superiore a tre mesi.

Il comma 2 di detta norma prevede che al momento dell'ingresso o, in caso di provenienza da Paesi dell'Area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, lo straniero dichiara la sua presenza, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova; per il caso di inosservanza di tale obbligo, che non sia conseguente a forza maggiore è prevista l'espulsione che viene applicata anche nel caso in cui lo straniero che abbia presentato la predetta dichiarazione si sia trattenuto

nel territorio dello Stato oltre i tre mesi od il minor termine stabilito nel visto di ingresso.

Il reato ora introdotto può dunque venir contestato a chi sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato, ovvero si sia ivi trattenuto in violazione delle norme del testo unico o del richiamato art. 1 l. n. 68/2007 prevedendo di fatto situazioni relative a soggetti di ben diversa pericolosità sociale. Un conto è infatti la situazione di colui che entrato clandestinamente in Italia, vi rimanga vivendo magari di attività criminosa, altra è quella di colui che, sia pur entrato irregolarmente o trattenendosi senza permessi, si sia integrato, per quanto gli sia consentito, comportandosi onestamente ed altra infine è poi quella di colui che, entrato legittimamente, si sia trattenuto magari per motivi contingenti come potrebbe accadere a chi essendo entrato in Italia per un soggiorno di breve durata poi non sia ripartito nel giorno previsto per la scadenza del termine stabilito nel suo visto di ingresso per cause sopravvenute che non sempre potrebbero venir considerate alla stregua della forza maggiore come l'aver perso l'aereo o non aver ricevuto tempestivamente dai parenti all'estero i soldi necessari per il biglietto.

Si tratta quindi di situazioni che possono spaziare da un comportamento cosciente di compiere un'azione commissiva ad un'azione omissiva magari condizionata che vengono sottoposti allo stesso trattamento sanzionatorio e tanto si ritiene violare l'art. 3 della Costituzione come *principio di uguaglianza dinanzi alla legge sotto il profilo dell'uguale trattamento di situazioni di fatto diverse*. E che lo stesso legislatore si sia reso conto della diversità delle situazioni che si possono avere nella pratica si può dedurre dal fatto che con la l. 102/2009 entrata in vigore il 5/8/2009 e dunque dopo la promulgazione della l. n. 94/2009, abbia previsto un regime di eccezione per gli stranieri soggiornanti in modo irregolare che risultassero svolgere il lavoro di assistenza a terzi e fossero disponibili all'emersione, prevedendo, che per loro soltanto, non si procedesse penalmente nelle more della procedura amministrativa di sanatoria, che, concludendosi positivamente con il rilascio del permesso di soggiorno, farebbe venir meno la condizione penalmente rilevante sanzionabile della irregolare presenza in Italia.

Ma la Procura della Repubblica di Torino rileva " la irragionevolezza della nuova fattispecie penale anche sotto il profilo sanzionatorio considerato nel suo complesso, quindi non solo della pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, ma anche del divieto di applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena ... e della facoltà concessa al Giudice di Pace di sostituire la pena pecuniaria con una sanzione più grave, quale quella dell'espulsione dallo Stato per un periodo non inferiore a cinque anni (unico caso di misura sostitutiva più grave della sanzione

principale sostituita, nessuno potendo dubitare della maggior afflittività dell'espulsione rispetto alla mera ammenda, sia pure non oblazionabile, tenuto anche conto delle conseguenze penali della violazione del provvedimento dell'autorità giudiziaria) Tale regolamentazione, infatti, introduce una palese ed irragionevole disparità di trattamento tra soggetti ugualmente destinatari della predetta sanzione sostitutiva. Da un lato, essa potrà essere comminata a soggetti condannati, anche con sentenza ex art 444 c.p.p., per un reato non colposo, ad una pena detentiva non superiore a due anni e sempre che ricorrano le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p. (come previsto dall'originario art.16 d.l.vo n. 286/98, non modificato sul punto); dall'altro lato essa potrà colpire soggetti condannati alla sola pena pecuniaria, ex art. 10 bis d.l.vo n. 286/98, quindi per un reato certamente meno grave di quelli, che soli, originariamente giustificavano l'adozione della misura sostitutiva in oggetto, senza alcuna possibilità, per il giudice di renderla concretamente inefficace mediante la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena."

Anche sotto tale aspetto può dunque rilevarsi una violazione dell'art. 3 Costit.

Una ulteriore violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge, perché *situazioni simili sono trattate in maniera diversa* è stata evidenziata anche da numerosi commentatori dell'art 10 bis del d.l.vo n. 286/98 in quanto l'art. 14 co. 5 ter dello stesso testo unico subordina la punibilità della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore, al fatto che ciò avvenga "senza giustificato motivo" mentre analoga scriminante non è prevista per la nuova fattispecie criminosa.

L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 c. 5 ter ha precisato che il requisito espresso dalla formula senza giustificato motivo è diretto ad escludere la configurabilità del reato in presenza di situazioni ostative di particolare pregnanza, le quali, anche senza integrare delle cause di giustificazione in senso tecnico, incidono sulla stessa possibilità soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa. (Corte Costit 13/1/2004 n. 5)

Ed in linea con tale insegnamento la Corte di Cassazione ha poi ritenuto che ai fini della sussistenza del giustificato motivo idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, non è sufficiente la considerazione del mero disagio economico, di regola sottostante al

fenomeno migratorio, ma occorre la condizione di assoluta impossidenza dello straniero, che non gli consenta di recarsi entro il termine assegnato alla frontiera e di acquistare il biglietto per il viaggio. (Cass. Ud. 19/3/2008 dep. 3/7/2008 n. 27049) Altra circostanza fatta rientrare dalla giurisprudenza nella scriminante costituita dalla presenza di un giustificato motivo è poi stato, in aderenza all'insegnamento della Corte Costituzionale, il mancato rilascio da parte della competente autorità diplomatica o consolare dei documenti necessari, peraltro sollecitamente richiesti dallo straniero. (Cass. ud. 7/7/2006, dep. 18/9/2006 n. 30779)

La nuova figura criminosa non prevede invece, come già accennato, la possibilità di invocare alcuna scriminante con la conseguenza che il contravventore dell'art. 10 bis l.vo n. 286/98 risulta posto in condizione peggiore dell'autore del delitto di cui all'art. 14 co. 5 ter che è più grave ed assorbe la contravvenzione ora prevista in forza della clausola "salvo che il fatto costituisca più grave reato" Si ha dunque una palese difformità con un trattamento in peggio per il semplice contravventore.

b) Violazione dell'art. 24 co. 2 della Costituzione

Al momento dell'entrata in vigore dell'art. 10 bis del d.l.vo n. 286/98 l'8/8/2009 tutti gli stranieri irregolari che si trovavano in Italia erano in ipotesi sanzionabili con la contravvenzione ivi prevista se non si fossero spontaneamente allontanati dal territorio dello Stato. Non è stato infatti, previsto un termine ed una modalità operativa affinché detti soggetti potessero ottemperare al precetto legislativo, cui dunque restava solo la scelta di uscire clandestinamente dall'Italia per non autodenunciarsi e tanto risulta in *contrasto con l'art 24 comma 2 della Costituzione inteso come il diritto di difesa del "nemo tenetur se detengere."*

Occorre a questo punto ricordare come la partenza volontaria degli stranieri irregolari sia privilegiata dagli articoli 6, 7 e 8 della Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16/12/2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. L'art. 6 di detta Direttiva prevede infatti che gli Stati membri adottino una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare con deroghe per chi ha un permesso di soggiorno che autorizzi a soggiornare in altro Stato membro nel quale lo straniero dovrebbe recarsi immediatamente, o per lo straniero irregolare che venga accolto da altro Stato membro o per il caso sussistano motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura che consentirebbero di rilasciare per tali motivi un permesso di soggiorno

autonomo. L'art 7 prevede che la decisione di rimpatrio fissi per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compreso tra sette e trenta giorni con possibilità di proroga della partenza, ove necessario, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola o l'esistenza di altri legami familiari e sociali; solo se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore; in quest'ultimo caso, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria, gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio come previsto dall'art. 8 che consente anche agli Stati membri di adottare una decisione, un atto amministrativo o giudiziario distinto che ordini l'allontanamento.

La mancata previsione, nell'art. 10 bis del d.l.vo n. 286/98, della possibilità di un allontanamento volontario e delle relative modalità pare quindi eludere quanto previsto dalla richiamata direttiva comunitaria.

Si può anche evidenziare come in altri casi nei quali il legislatore ebbe ad innovare profondamente una normativa venne concesso un termine di moratoria per regolarizzare una posizione contrastante con la nuova fattispecie criminosa introdotta, come in tema di detenzione o porto di armi in cui con la legge n. 895 del 2/10/1967 si stabilì all'art 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge consegnassero spontaneamente le armi.

Altro aspetto di criticità della norma in questione è rappresentato dal fatto che al comma 2 dell'art. 6 del d.l.vo n. 286/98 come ora modificato si precisa che fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, *per quelli inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'articolo 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie* i documenti inerenti al soggiorno di cui all'articolo 5, comma 8, devono essere esibiti agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati.

Ma se il comma 5 dell'art 35 del d.l.vo n. 286/98 prevede espressamente che l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non possa comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto a parità di condizioni con il cittadino italiano,

norma simile non è prevista per quanto riguarda le prestazioni scolastiche obbligatorie. Ed allora si può ipotizzare che lo straniero, che non deve presentare alcun documento attestante la regolarità del suo soggiorno per l'iscrizione dei figli a scuola, possa essere comunque segnalato come clandestino da parte del personale scolastico che rivesta le qualifiche di cui agli articoli 361 e 362 c.p. e che venga a conoscenza di tale suo stato in altro modo.

Occorre poi tener presente che l'art 38 del d.l.vo n. 286/98 prevede che i minori stranieri presenti sul territorio siano soggetti all'obbligo scolastico come i loro coetanei italiani il che è indirettamente confermato dal richiamato articolo 6 e che dell'osservanza di tale obbligo sono responsabili i genitori che, ove non vi provvedano, sono passibili di sanzione a sensi dell'art 731 c.p. Occorre allora tener conto che nel corso della stessa attività scolastica, che si estrinseca nelle più diverse iniziative con innumerevoli possibilità di evidenziazione dell'irregolarità dello straniero, diventa estremamente facile tale evidenziazione con la conseguenza che lo straniero che voglia rispettare la legge posta a presidio del diritto-dovere all'istruzione deve di fatto autodenunciarsi per il reato di cui all'art 10 bis d.l.vo n. 286/98 con palese violazione del principio del *nemo tenetur se detengere*.

Si può ancora aggiungere che l'obbligo di esibizione dei documenti attestanti la regolarità del soggiorno non è esclusa con le relative conseguenze, per l'accesso dello straniero all'istruzione primaria di alfabetizzazione riservata agli adulti che pur essendo contemplata nell'articolo 38 del d.l.vo n. 286/98 non è prestazione scolastica obbligatoria.

Altra situazione che crea perplessità è il fatto che l'art.31 del d.l.vo n. 286/98 al comma 3 prevede che il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psico fisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico. Ma l'art. 10 bis, mentre prevede che nel caso di presentazione di domanda di protezione internazionale il procedimento penale venga sospeso, con declaratoria di non luogo a procedere in caso di suo accoglimento, nulla prevede per il caso dello straniero clandestino che intenda avvalersi del richiamato articolo 31 con la conseguenza che laddove esso presenti istanza a sensi di detta norma da un lato, certificherà la propria posizione di irregolarità con evidente violazione del principio *nemo tenetur se detengere* e dall'altro, si troverà in condizione di subire un trattamento certamente peggiore di chi ha avanzato domanda di protezione internazionale con violazione sotto questo aspetto anche dell'articolo 3 della Costituzione non prevedendo l'articolo 10 bis che il procedimento penale possa

essere sospeso in presenza di domanda ex articolo 31 od il suo proscioglimento nel caso in cui tale domanda venga accolta.

c) Violazione degli articoli 97 comma 1, 25 comma 2 e 2 della Costituzione.

Il comma 4 dell'articolo 10 bis prevede che ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero non sia richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13 comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato e che ad essa il questore comunichi l'avvenuta esecuzione dell'espulsione o del respingimento.

Il comma 5 dell'art. 10 bis d.l.vo n. 286/98 prevede poi che il giudice acquisita la notizia dell'espulsione o del respingimento dello straniero pronunci sentenza di non luogo a procedere il che evidenzia l'intenzione del legislatore di privilegiare l'azione amministrativa che non solo resta, ma viene ad assumere importanza determinante ai fini degli sviluppi del procedimento penale, ponendosi come un prius laddove si concluda come previsto.

Il comma 17 della l. 15/7/2009 n. 94 inserisce nel d.l.vo n. 274/2000 l'articolo 16 bis il cui testo letterale è il seguente: " (Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva) Nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all'articolo 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286." E l'articolo 16 del d.l.vo n. 286/98 prevede che nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10 bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14 comma 1 del testo unico che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, il giudice possa sostituire la pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.

Il sistema come delineato evidenzia di essere diretto al fine di comunque ottenere l'espulsione dello straniero. Ma tale risultato era già conseguibile con la procedura amministrativa per cui il procedimento penale ora introdotto finisce per esserne un duplicato tant'è che una volta che l'Autorità di pubblica sicurezza ha accertato l'illegalità della presenza dello straniero si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti e cioè l'uno amministrativo e l'altro penale che risulta subordinato al primo visto che deve concludersi con declaratoria di non luogo a procedere laddove quello amministrativo, di certo contraddistinto da una maggior celerità e da sempre naturale sede delle procedure espulsive, abbia concluso il suo iter naturale con l'espulsione dello straniero.

La previsione di due distinti procedimenti diretti allo stesso fine *oltre a violare il principio della ragionevolezza, finisce per violare anche il comma 1 dell'art 97 Costituzione* per il quale i pubblici uffici devono essere organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, principio questo che è di certo valevole anche per la giurisdizione. In sostanza per ottenere in sede penale il risultato dell'espulsione che si è già ottenuto in sede amministrativa si finisce per influire negativamente sulla durata ragionevole del processo penale per evidenti motivi, posto che anche la declaratoria, sia pur a processo appena iniziato, di non luogo a procedere, significa inesorabilmente rinvio di altri processi di competenza del giudice incaricato di condurre quel processo e ciò a prescindere da ogni altra considerazione relativa ai costi ed agli ulteriori incombeni di una nuova procedura che di fatto duplica quella già esistente.

Si può infine rilevare che l'applicazione della sanzione sostitutiva dell'espulsione al posto dell'ammenda potrebbe risultare difficilmente applicabile con evidente irragionevolezza posto che detta sanzione sostitutiva è da un lato subordinata alla condizione che non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14 comma 1 del d.l.vo n. 286/98 che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica e dall'altro dalla possibilità che il più celere procedimento amministrativo abbia già portato all'espulsione dello straniero.

La Procura della Repubblica di Torino lamenta anche il *contrasto della nuova figura criminosa con l'art. 25 comma 2 della Costituzione* in quanto configura una fattispecie penale discriminatoria, perché fondata su particolari condizioni personali e sociali anziché su fatti e comportamenti riconducibili alla volontà del soggetto attivo.

In effetti, si deve ammettere che l'art. 10 bis delinea una fattispecie criminosa di mera condotta, il cui elemento materiale è costituito dalla mancata osservanza delle norme di cui al d.l.vo n. 286/98, mentre la struttura del reato non prevede né la lesione né la messa in pericolo diretta ed immediata di un bene costituzionalmente protetto, finendo di fatto per colpire chi si trova nella condizione di clandestino per non essersi uniformato alle predette norme.

Pare essere stata delineata situazione simile a quella presa in considerazione dalla dottrina tedesca allorché, costruendo la cosiddetta teoria della *colpa d'autore*,

individuo una colpa per il modo di essere dell'agente, colpa che differisce da quella comune e tradizionale perché non ha per oggetto il singolo fatto che è stato commesso, ma le caratteristiche psichico del reo e il suo stato soggettivo.

Ma come è noto tale teoria è stata decisamente criticata dalla dottrina rilevando come l'intervento dello Stato con sanzioni criminali sia giustificabile solo allorché l'individuo violi la legge penale, perché l'infrazione della sanzione è indispensabile per assicurare la conservazione o promuovere il progresso della comunità sociale o quando sussista il pericolo che l'individuo commetta fatti delittuosi, giacché la sicurezza collettiva esige che si prevenga il male minacciato.

E per quanto riguarda gli stranieri clandestini si deve ammettere che se pur vi si trovano soggetti che commettono atti criminali, molti altri lavorano, (magari in condizioni di sfruttamento) e comunque non commettono reati e non minacciano la sicurezza collettiva come lo stesso legislatore indirettamente dimostra di sapere quando ha previsto la sanatoria di cui alla legge n. 102/2009 che riguarda appunto persone del genere.

Tanto si ritiene sufficiente per considerare ampiamente fondato il predetto motivo di incostituzionalità dell'art. 10 bis formulato dalla Procura della Repubblica.

Altrettanto si ritiene di poter affermare per il contrasto, sempre rilevato dalla Procura, della predetta norma con l'art 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inviolabili di solidarietà politica economica e sociale posto che è sufficiente considerare lo stato di estrema indigenza della quasi totalità degli immigrati clandestini per doverne convenire. Con riferimento a questi ultimi due motivi non resta dunque che fare espresso rinvio alle considerazioni svolte dalla Procura della Repubblica nella memoria agli atti.

La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Procura risulta ampiamente confermata dai motivi di irragionevolezza e di contrasto con varie norme costituzionali della scelta operata dal legislatore in precedenza rilevati.

In ordine all'effettiva esistenza di motivi di irragionevolezza si ritiene di ricordare che in motivazione l'Ordinanza della Corte Costituzionale n. 41 del 9/2/2009 precisa testualmente: "Come costantemente affermato da questa Corte, le scelte legislative aventi ad oggetto la configurazione delle fattispecie criminose e il relativo trattamento sanzionatorio sono censurabili, in sede di sindacato di costituzionalità, nel solo caso in cui la discrezionalità sia stata esercitata in modo manifestamente irragionevole"

- Nel presente caso sia le singole censure come sopra formulate sia, soprattutto, il complesso delle stesse consentirebbe di ritenere che la discrezionalità del legislatore sia stata manifestamente irragionevole, sia nella configurazione della fattispecie criminosa che nel relativo trattamento sanzionatorio.

Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale formulata

La rilevanza della questione deriva senz'altro, in via generale, dalla semplice considerazione che in caso di suo accoglimento l'imputato finirebbe per non avere conseguenza alcuna sotto il profilo penale.

Ma nel caso di specie occorre evidenziare che la difesa dell'imputato ha prodotto certificato di nascita, avvenuta il 23/1/2009, del figlio dello stesso, nonché decreto di espulsione del Prefetto di Torino notificatogli in data 1/9/2009 e conseguente ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni nonché ricorso proposto contro detti provvedimenti a sensi del comma 8 dell'articolo 13 del d.l.vo n. 286/98 con richiesta di sospensiva degli effetti degli stessi, sospensiva che è stata concessa.

Nel ricorso proposto in via amministrativa si afferma che lo straniero è entrato in Italia nel 2007, convive con cittadina marocchina regolarmente soggiornante e con la quale aveva deciso di sposarsi il 1/8/2009, e lavora come collaboratore domestico presso una famiglia di Coassolo Torinese che avrebbe intrapreso l'iter per la sua regolarizzazione provvedendo ai previsti incombenzi.

Non è certo questa la sede per valutare tali circostanze che dovranno essere oggetto di prova e di esame nel giudizio civile pendente che potrebbe anche avere, nella situazione delineata in ricorso, esito favorevole; qui si deve semplicemente rilevare che a sensi dell'art. 10 bis lo straniero non risulta sia entrato in Italia con regolare visto e non ha il permesso di soggiorno per cui, allo stato, potrebbe quasi sicuramente essere riconosciuto colpevole del reato ascrittogli con la possibilità di applicazione della misura sostitutiva dell'espulsione giudiziale che influirebbe pesantemente oltre che sulla sua attuale integrazione anche sulla stessa sua situazione familiare.

Al riguardo è opportuno ricordare quanto precisato in motivazione da Corte Costituzionale 27/7/2000 n. 376 che testualmente rileva: "I principi di protezione dell'unità familiare con specifico riguardo alla posizione assunta nel nucleo dai figli

minori in relazione alla comune responsabilità educativa di entrambi i genitori, non trovano riconoscimento solo nella nostra Costituzione ma sono affermati anche da alcune disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia, tra le quali: quella di cui agli articoli 8 e 12 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva dalla legge 4/8/1955 n. 848; l'articolo 10 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e l'articolo 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, ratificati e resi esecutivi dalla legge 25/10/1977 n. 881; gli articoli 9 e 10 della Convenzione di New York del 20/11/1989 sui diritti del fanciullo ratificata e resa esecutiva dalla legge 27/5/1991 n. 176; dal complesso di queste norme, pur nella varietà delle loro formulazioni, emerge un principio pienamente rinvenibile negli articoli 29 e 30 Costituzione, in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista delle responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica."

Principi questi che paiono senz'altro applicabili alla situazione familiare dell'imputato.

Tanto precisato, la questione di costituzionalità come sopra enunciata appare a questo Giudice seria e non manifestamente infondata e rilevante nel processo anche per i risvolti umani, sociali e familiari ad essa collegati, che influirebbero sullo straniero, sulla sua famiglia e sull'educazione del figlio minore, per cui il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione di detta questione.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Torino, visti gli articoli 137 della Costituzione, 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1984 n. 1 e 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva questione di legittimità costituzionale dell'articolo 10 bis del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 introdotto dall'articolo 1 comma 16 della legge 15 luglio 2009 n. 94 con riferimento agli articoli 2, 3, 24 comma 2, 25 comma 2 e 97 comma 2, nonché del principio della ragionevolezza.

Ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio in corso.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Torino, 6 ottobre 2009.