

N. 1569/06 R. G. TRIBUNALE DI MODENA
N. 5507/06 R. G. NOTIZIE DI REATO
N. R. G. GIP

N. 2293/06 Reg, Sent.
Data del deposito
28.08.2006
Data di irrevocabilità
AL P.M.P. per Csec.
ESTRATIO EX ART. 160 T.D.L.P.S.
N. _____
CAMPIONE PENALE
Redatta la scheda il:

TRIBUNALE DI MODENA
RITO MONOCRATICO
SENTENZA
(artt.. 544 e segg. 549 c.p.p.)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice Dr. Domenico Pasquariello
alla pubblica udienza del 25.07.2006 ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la
seguinte:

SENTENZA

nei confronti di:

X X nato il -- -- ---- in ----- (Marocco), e residente in Modena

LIBERO - ASSENTE

IMPUTATO

Del reato p. e p. dall'art. 14 c. 5 ter D.Lgs.286/98 perché senza giustificato motivo si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito a suo nome ex art. 14 c. 5 bis dal Questore della Provincia di Bologna in data 25.05.2006 (notificato in pari data) in relazione a decreto di espulsione del Prefetto di Bologna emesso in data 25.05.2006 (notificato in pari data) con cui, rilevato il suo ingresso illegale in Italia, gli veniva intimato di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di giorni cinque dalla data della notifica, ammonendolo sulle conseguenze penali (reclusione da uno a quattro anni) dell'eventuale permanenza sul territorio dello Stato.

Modena, 21.07.2006

Con l'intervento del Pubblico Ministero Dr.ssa Carmelina Baraldi
VICE PROCURATORE ONORARIO e dell'Avv. Sergio Barbieri del Foro di Modena, difensore di fiducia,
presente.

All'udienza del 25.07.2006 le parti hanno concluso come segue:

la difesa chiede procedersi nelle forme del rito abbreviato.

Il Pubblico Ministero chiede mesi cinque e giorni dieci di reclusione, concesse le attenuanti generiche e la diminuzione del rito; rassegna il fascicolo.

Il difensore dell'imputato chiede l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato.

MOTIVAZIONE

1. Arresto in flagranza e svolgimento del processo con rito direttissimo.

All'udienza 22\7\06 X X del Regno del Marocco (così identificato con cartellino foto dattiloscopico) è stato presentato, in stato di arresto, a questo giudice per la convalida della misura di polizia ed il contestuale giudizio con rito direttissimo.

In udienza di convalida il pubblico ministero ha contestato il reato di cui all'art. 14 c. 5 ter, in relazione all'art.5 quinquies D.Lgs.286/1998, accertato in Modena fino al momento dell'arresto per essersi l'imputato trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di espatrio impartito, ex art. 14, c. 5 bis legge citata (impossibilità di esecuzione coattiva e di trattenimento in centro di permanenza temporanea), il 25\5\06 dal Questore di Bologna, con atto ritualmente notificato in pari data.

In sede di esame l'arrestato ha riconosciuto il proprio ingresso clandestino in Italia, e di essersi trattenuto anche dopo l'espulsione, specificando i motivi infra meglio esaminati.

Trattandosi di fattispecie di arresto obbligatorio la misura è stata convalidata, in ragione della verificata regolarità formale del provvedimento amministrativo prefettizio di espulsione e della susseguente intimazione di espatrio del Questore, nonché della loro effettiva conoscenza, da parte del cittadino straniero, mediante notificazione dell'atto tradotto in lingua madre od in altra conosciuta dall'imputato; in difetto di richieste cautelari è stata disposta la rimessione in libertà dell'imputato.

Si è quindi proceduto ad immediato giudizio direttissimo, come previsto dall'art. 14, c. 5 quinquies, in ordine al reato contestato, e ad esito di termine a difesa con rinvio all'odierna udienza con rito abbreviato condizionato, richiesto dall'imputato; pertanto il procedimento è proseguito con il rito disciplinato dagli artt. 452, c.2, 438 e 441 e segg., c.p.p..

Sono utilizzabili per la decisione il verbale d'arresto e gli atti relativi alla fase di convalida (relazione agente di p.g. e dichiarazioni imputato), nonché le copie, con relative traduzioni ed attestazioni di notificazione, dei decreti amministrativi di espulsione; a richiesta della difesa ha reso deposizione il teste Y Y

All'esito della successiva discussione con rito abbreviato è stata pronunciata sentenza, con lettura del dispositivo infra riportato.

2. Disamina della norma incriminatrice

È opportuno, stante i contrasti giurisprudenziali di merito nell'applicazione e nell'interpretazione della norma incriminatrice, ed ai fini della migliore comprensione di questa, premettere un breve cenno alle disposizioni normative che regolano l'intervento statale nei confronti delle persone extracomunitarie, clandestinamente presenti nel territorio nazionale.

Secondo la vigente disciplina legislativa l'espulsione amministrativa disposta dal prefetto nei confronti dello straniero che abbia fatto ingresso clandestinamente nello Stato, oppure che vi si sia trattenuto illegalmente in talune ipotesi (scadenza del visto turistico senza richiesta di permesso di soggiorno, revoca di quest'ultimo) o che rientri nelle altre ipotesi previste dall'art. 13, c.1 D.Lgs. 286\98, a seguito delle modifiche apportate al D.Lgs. citato dalla legge n. 189\02, deve essere sempre eseguita dal questore tramite accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, ad eccezione del caso in cui il provvedimento consegua la scadenza da più di sessanta giorni del permesso di soggiorno dello straniero, senza che ne sia stato chiesto il rinnovo (art. 13, commi 4 e 5, del D.Lgs. 286\98).

Il c. 1 del successivo art. 14 prevede, peraltro, in via di eccezione a tale regola, che quando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione - perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari sulla sua identità o nazionalità, od all'acquisizione di documenti di viaggio, ovvero per l'indisponibilità di un vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo - il questore disponga che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso un centro di permanenza temporanea e assistenza, tra quelli individuati o costituiti con apposito decreto ministeriale.

Il c. 5 bis del medesimo art. 14 introduce, a propria volta, un'"eccezione all'eccezione", stabilendo che quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i termini massimi di permanenza - suscettibili di arrivare sino a sessanta giorni - senza che l'espulsione sia stata eseguita, il questore ordina, con provvedimento scritto, allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni.

A tale disposizione fa seguito la nonna incriminatrice di cui al c. 5 ter dell'art. 14, come modificato dal D.L. 241\04, conv. con L. 271\04, oggetto dell'imputazione, ai sensi del quale lo straniero che, senza giustificato motivo, si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore, è punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni.

E' pertanto unicamente di fronte alla perdurante impossibilità, per l'apparato istituzionale, di eseguire l'espulsione con accompagnamento alla frontiera ed alla parallela contemporanea impossibilità di trattenere (o di trattenere ulteriormente) lo straniero in un Centro di permanenza temporanea, che viene dalla legge legittimata, quale "extrema ratio", l'adozione, da parte del Questore, ex art. 14 c. 5 bis citato, dell'ordine "di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni"

Nella sostanza, ove non si possa trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea e non si sia riusciti, per i più diversi e peraltro assai frequenti motivi (quali l'impossibilità di munire l'interessato di valido - anche per l'estero - documento di viaggio, il difetto di funzionali accordi diplomatici bilaterali che rendano possibile l'accettazione del clandestino alla frontiera dello Stato di destinazione, od anche la mancanza di disponibilità economiche per dotare tutti i destinatari della norma di biglietto di viaggio), ad eseguire l'espulsione, l'ordinamento si affida alla "buona volontà coatta" dell'extracomunitario, punendolo peraltro con sanzione penale qualora disattenda l'ordine di allontanamento.

Il reato così delineato, quantunque la condotta incriminata venga descritta in forma apparentemente commissiva ("si trattiene"), ha in realtà carattere omissivo, concretandosi propriamente nella mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento; una disobbedienza sanzionata, insomma.

La previsione normativa incriminante peraltro contiene una sorta di clausola negativa, a carattere elastico, costituita dall'espresso richiamo della norma al "giustificato motivo", che figura nella descrizione dell'ipotesi delittuosa quale "elemento negativo" della fattispecie astratta, in presenza del quale, in termini più semplici, non può dirsi integrato il reato; in ragione della tecnica normativa adottata detto elemento negativo della fattispecie, pur operando in maniera analoga ad una scriminante "speciale", si presenta quale elemento costitutivo necessario, del reato in esame, ovvero quale elemento la cui assenza è necessariamente da verificarsi per integrare il reato stesso.

Ciò non ha solo conseguenze a fini dogmatici o puramente dottrinali, ma si riflette concretamente sull'obbligo ineludibile - per il giudice (o per chi ritenga di dover esercitare l'azione penale) - di verificare, anche d'ufficio, l'insussistenza del ricorrere di una situazione soggettiva od oggettiva che possa dirsi rientrare nella nozione di "motivo giustificante l'inottemperanza"; non solo: diversamente da quanto accade per le scriminanti, trattandosi di elemento costitutivo necessario e generale, ancorché "negativo" della fattispecie incriminatrice, l'onere probatorio relativo non potrà essere riferito alla difesa dell'imputato.

In altri, e più semplici termini, l'allegazione di un fatto, potenzialmente costituente motivo giustificante la disobbedienza (altro è, vedi infra, l'attività dell'interprete di delineare e circoscrivere l'area di applicazione pratica della clausola negativa), non può dirsi rientrare fra gli elementi a discolpa, i cui oneri probatori incombono alla difesa; al contrario nel processo di verifica della corrispondenza del fatto commesso alla fattispecie astratta contestata il giudice ha l'obbligo di valutare sempre se emerga dagli atti, anche solo quale semplice affermazione dell'imputato (ad esempio l'indisponibilità delle necessarie risorse economiche, o l'impossibilità di munirsi di adeguati documenti di viaggio), una circostanza integrante "giustificato motivo" dell'inottemperanza.

In tal caso rientra nell'onere probatorio di cui è investita l'accusa la dimostrazione dell'insussistenza della circostanza allegata quale motivo della disobbedienza, ancorché gli elementi di giudizio a tal fine siano spesso, nella pratica dei procedimenti per direttissima, esigui; è ovvio che di ciò non può farsi carico l'imputato, attraverso indebite inversioni degli oneri probatori, costituendo peraltro il procedimento per direttissima, per il reato in esame, una indicazione vincolante normativa.

3. "Giustificato motivo"

Ciò premesso, all'interprete rimane il controverso compito di circoscrivere e precisare l'area semantica ed applicativa della formula "giustificato motivo", adottata dal legislatore.

La genericità della dizione, tale da avere indotto già nelle precedente formulazione quale contravvenzione (e quindi con previsione di punibilità anche a titolo di colpa) i giudici di merito a dubitare della legittimità costituzionale della norma incriminatrice, per indeterminatezza della fattispecie astratta, si presta inevitabilmente a dubbi e ad opinabilità interpretative.

I canoni generali di delimitazione interpretativa della formula letterale in esame sono però stati indicati dal giudice costituzionale con la sentenza n. 5 del 2004, che ha pronunciato proprio sul suddetto sospetto di indeterminatezza, con alcune precisioni che è opportuno riportare integralmente:

"... la formula «senza giustificato motivo» e formule ad essa equivalenti od omologhe - «senza giusta causa», «senza giusto motivo», «senza necessità», «arbitrariamente», ecc. - compaiono con particolare frequenza nel corpo di norme incriminatrici, ubicate tanto all'interno dei codici (cfr. artt. 616, 618, 619, 620, 621, 622, 633, 652, 727, 731 cod. pen.; artt. 111, 113, 117, 123, 124, 125, 147, 148, 151, 243 cod. pen.

mil. pace; artt. 63, 94, 96, 100, 101, 126, 145, 146, 151, 168, 170, 184, 185, 218, 221, 222 cod. pen. mil. guerra) che in leggi speciali (cfr., ex plurimis, art. 4 della legge 18 aprile 1975, n. 110; art. 5 della legge 22 maggio 1975 n. 152, art. 180 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 56 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274; nonché art. 6, c. 3, dello stesso D.Lgs. 286 del 1998), e descrittive di reati di natura non soltanto commissiva, ma anche omissiva, quale quello in esame (cfr., ad esempio, artt. 652 e 731 cod. pen.; artt. 113, 117, 123, 125, 147, 148, 151, 243 cod. pen. mil. pace; art. 108 del D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361; art. 89 del D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, art. 6, c. 3, del D.Lgs. 286 del 1998).

...

Dette clausole sono destinate in linea di massima a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l’osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice in un ragionevole bilanciamento di valori.

...

In simile prospettiva, la clausola in questione, se pure non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico - lettura che lo renderebbe pleonastica, posto che le scriminanti opererebbero comunque in quanto istituti di ordine generale - ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità soggettiva od oggettiva di adempiere all’intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche ad esigenze che riflettano la condizione tipica del “migrante economico”, sebbene espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime, sempre che - come è ovvio - non ricorrano situazioni, riconducibili alle scriminanti previste dall’ordinamento.

...

Il coordinamento della norma incriminatrice con le altre disposizioni del D.Lgs. 286 del 1998 (si pensi, ad esempio, alle indicazioni ricavabili, anche a contrario senso, dall’art. 19, in tema di divieti di espulsione e respingimento) e con gli ulteriori testi normativi riguardanti lo straniero offre d’altro canto puntuali agganci, onde riempire di più precisi contenuti la clausola considerata.

In particolare - per quanto attiene al profilo di maggior rilievo anche ai fini della risoluzione degli odierni incidenti di costituzionalità - i motivi che a mente dell’art. 14, c. 1, del D.Lgs. 286 del 1998 legittimano la pubblica amministrazione a non procedere, in deroga al drastico imperativo di cui all’art. 13, c. 4 («l’espulsione è sempre eseguita...»), all’accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera - necessità di soccorso, difficoltà nell’ottenimento dei documenti per il viaggio, indisponibilità di vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo (non, però, ovviamente la mera difficoltà di accertare l’identità o la nazionalità dello straniero, che debbano presumersi a lui note) non possano non costituire sicuri indici di riconoscimento di situazioni nelle quali può ravvisarsi, per lo straniero, la sussistenza di «giustificati motivi» per non ottemperare all’ordine del questore. E ciò in specie (ad impossibilia nemo tenetur) quando l’inadempimento dipenda dalla condizione di assoluta impossidenza dello straniero, che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera (in particolare aerea o marittima) e di acquistare il biglietto di viaggio; ovvero dipenda dal mancato rilascio, da parte della competente autorità diplomatica o consolare, dei documenti necessari, pure sollecitamente e diligentemente richiesti.

Secondo la corte di legittimità costituzionale pertanto lo scopo del legislatore, nel ricorrere alla clausola negativa del “giustificato motivo”, è nell’escludere la punibilità nei casi, non circoscrivibili a priori in via astratta, nei quali l’obbedienza all’ordine del Questore risulti concretamente inesigibile.

Pertanto, e conclusivamente, l’attenzione del giudicante dovrà essere rivolta all’indagine (con gli oneri probatori sopra precisati) ed alla valutazione della ricorrenza o meno di una situazione di “concreta esigibilità dell’obbedienza”, sia riferita a parametri di impossibilità materiale, sia riferita a parametri soggettivi e che involgano il bilanciamento con altri diritti individuali costituzionalmente tutelati (diritto alla salvaguardia dell’incolumità personale e della salute, della maternità ed altri **diritti fondamentali della persona**).

Per tale via, che segue il solco ben precisamente tracciato dalle indicazioni interpretative della Corte Costituzionale, si deve altresì affermare che, in generale, il “giustificato motivo” non può che costituire concetto molto più ampio dello stato di necessità o delle ordinarie cause di giustificazione o non punibilità - entrambe del resto applicabili anche alla fattispecie in esame secondo i principi generali, nella loro generale configurazione normativa, concetto che inoltre può afferire sia a situazioni oggettive sia a condizioni personali del soggetto.

4. La fattispecie in esame

In sede di esame l'imputato, persona priva di precedenti penali o di denunce di polizia a carico (vedi riscontro "AFIS" dattiloscopico) riconoscendo di essere entrato clandestinamente in Italia, ha asserito, a discolpa, di essere dimorante in Italia da parecchi anni, di svolgere attività di lavoro come parrucchiere, ma di non aver mai potuto regolare la propria posizione (anche mediante la sanatoria del 2002, della quale avrebbe potuto usufruire), perché privo di documenti anagrafici del proprio paese, in quanto figlio naturale di madre minorenni non coniugata; non essendo egli mai stato riconosciuto dal padre naturale, a suo dire, secondo la normativa anagrafica e di diritto di famiglia del Marocco, egli si troverebbe nell'impossibilità materiale di ottenere documenti d'identità dal proprio paese di provenienza.

Secondo quanto affermato inoltre dal giovane marocchino, inoltre, egli è omosessuale, e nel proprio paese per tale motivo sarebbe esposto, oltretutto all'ostracismo ed alla discriminazione sociale, a conseguenze penali.

Le circostanze esposte dall'imputato (attività di lavoro, impossibilità di ottenere documenti anagrafici, omosessualità) sono state confermate dal teste Y Y da tre anni convivente di X X.

La difesa, allegando che per i suddetti motivi pende giudizio di opposizione al decreto di espulsione, ha inoltre prodotto traduzione dell'art. 489 del codice penale del Regno del Marocco, a norma del quale è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni *chiunque compie atti di carattere omosessuale*.

In base a detti, pur esigui, elementi di giudizio, si deve concludere che X X non possa far rientro nel proprio paese di nascita senza incorrere non solo nelle conseguenze della discriminazione sociale (come è fatto notorio) ma soprattutto in sanzioni penali detentive, in conseguenza della esplicitazione del proprio orientamento sessuale.

Tali modalità di discriminazione sessuale, culminanti con la repressione penale, costituiscono una palese e profonda lesione dei diritti individuali ed inviolabili della persona, tutelati dalla Costituzione Italiana (art. 2) e dalla Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (art. 14), nonché sostegno per l'accoglimento del ricorso per l'annullamento dell'espulsione, a norma dell'art. 19 D.Lgs. 286/98.

Nel caso in esame, e per quanto concerne questa sede penale, la condotta imposta allo straniero, sotto comminatoria di sanzione penale, quindi non appare esigibile giacché impositiva della autoesposizione da parte dello straniero a conseguenze, nel proprio paese, ingiustamente lesive dei diritti fondamentali della persona, costituzionalmente tutelati.

Alla positiva valutazione della ricorrenza del giustificato motivo - integrato dalla impossibilità materiale di tenere la condotta ordinata - menzionato dalla norma incriminatrice, segue pronuncia assolutoria.

PQM

Il giudice, visti gli art. 442 e 530 c.p.p.,

assolve l'imputato dal reato a lui ascritto perché il fatto non costituisce reato.

Giorni 45 per il deposito.

Modena, 25/07/06

Il giudice
dot. Domenico Pasquariello

28 AGO. 2006

IL CANCELLIERE - CI
(Bianca Maria ZANASI)