



**PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI AGRIGENTO**

proc. pen. n. [REDACTED] mod. 21-bis

*Al Giudice di pace
di Agrigento*

**Richiesta di archiviazione
(artt. 17 e 34 d.l.vo n. 274/2000)**

Il pubblico ministero,

letti gli atti del procedimento penale sopra indicato, iscritto nei confronti di D [REDACTED] S [REDACTED] nato in [REDACTED] il [REDACTED], e di altri 109 cittadini stranieri, generalizzati nella nota della Questura di Crotona del 2.3.2011, tutti indagati per il reato di cui all'art. 10-bis d.l.vo n. 286/1998, commesso in Lampedusa in data 10.2.2011;

premesse

che in data 16.4.2011 è stata depositata presso l'ufficio del Giudice di pace di Agrigento richiesta di archiviazione del presente procedimento ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 17 e 34 d.l.vo n. 274/2000;

che, con ordinanza depositata in data 19.7.2011, il Giudice di pace di Agrigento, non accogliendo la predetta richiesta, ha ordinato al pubblico ministero l'esecuzione di ulteriori indagini;

che tali indagini sono state delegate alla polizia giudiziaria con nota del 9.9.2011 e l'esito dell'attività svolta è stato comunicato con nota del 14.10.2011;

osserva

1. La notizia di reato.

La notizia di reato si riferisce allo sbarco sulle coste dell'isola di Lampedusa di un'imbarcazione sulla quale viaggiavano gli odierni indagati. Gli stessi, tutti sedicenti cittadini tunisini, non avevano titolo per l'ingresso nel territorio nazionale e sono stati conseguentemente denunciati dalle forze di polizia per il reato di cui all'art. 10-bis d.l.vo n. 286/1998.

2. La richiesta di archiviazione.

Nonostante la condotta degli indagati integri gli estremi del reato in questione, si è avanzata richiesta di archiviazione poiché si è ritenuto che la fattispecie in esame fosse di particolare tenuità e fosse, pertanto,

riconducibile all'ambito di applicazione di cui al combinato disposto degli artt. 17 e 34 d.l.vo n. 274/2000.

In particolare, tenendo conto dei criteri applicativi previsti dalla norma in questione, si è osservato che il fatto fosse caratterizzato da:

- esiguità del danno, in quanto gli odierni indagati sono stati rintracciati dalle forze di polizia immediatamente dopo aver fatto ingresso nel territorio nazionale e che i medesimi sono stati sottoposti alle procedure di identificazione, così da permettere l'adozione nei loro confronti dei provvedimenti amministrativi previsti dalla vigente normativa;
- occasionalità della condotta, in quanto si tratta di soggetti giunti per la prima volta nel territorio dello Stato e nei cui confronti non si rinvenivano precedenti penali e/o di polizia;
- ridotto grado di colpevolezza, atteso che la consumazione del reato in contestazione è evidentemente connessa ai noti disordini caratterizzanti gli stati maghrebini, nonché alla volontà degli indagati di migliorare la propria condizione di vita, così da poter ritenere che la loro condotta sia stata determinata da una sorta di "giustificato motivo".

Si è ritenuto, pertanto, richiamando gli atti del fascicolo, che l'azione penale non fosse procedibile per particolare tenuità del fatto.

3. L'ordinanza del Giudice di pace.

In data 19.7.2011, il Giudice di pace di Agrigento ha depositato un'ordinanza con la quale, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ha disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero al fine di compiere «ulteriori indagini nei confronti degli indagati di cui all'allegato elenco per accertare se sia stato loro rilasciato il permesso di soggiorno di cui al D.P.C.M. del 5.4.2011 e se sussistono le particolari personali condizioni soggettive tali da integrare il requisito del ridotto grado di colpevolezza».

Dalla circostanza che le ulteriori indagini ritenute necessarie dall'ordinanza concernono esclusivamente il requisito del ridotto grado di colpevolezza, si ricava la conseguenza che il Giudice di pace, pur avendo voluto manifestare alcune perplessità (sulle quali ci si soffermerà) riguardo alla ricorrenza nella fattispecie in questione degli ulteriori requisiti dell'esiguità del danno e dell'occasionalità della condotta, li abbia comunque ritenuti soddisfatti.

Tale interpretazione non ammette dubbi o tentennamenti di sorta: ove il Giudice di pace avesse ritenuto carente di prova non già soltanto il criterio del basso grado di colpevolezza, ma anche quelli dell'esiguità del danno e dell'occasionalità della condotta, certamente avrebbe dovuto

richiedere ulteriori indagini anche rispetto a tali criteri o, nel caso in cui avesse ritenuto che comunque le stesse non avrebbero potuto sortire effetti sul punto, rigettare tout court la richiesta di archiviazione, ordinando l'imputazione coatta.

Non averlo fatto – si ribadisce – significa aver condiviso la sussistenza nel caso in esame di entrambi tali requisiti: si sarebbe altrimenti di fronte ad un inutile passaggio procedimentale (ordinare nuove indagini per approfondire un requisito, nonostante si ritenga che uno degli altri due, o addirittura tutti e due, non siano sussistenti), con evidente nocumento del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Tuttavia, per ragioni di completezza, nel prosieguo della presente richiesta, tutti e tre i requisiti saranno oggetto di ulteriore e specifico approfondimento congiuntamente alla valutazione delle osservazioni svolte nel corpo dell'ordinanza.

4. L'esito delle nuove indagini.

La Questura di Agrigento, delegata dell'esecuzione delle ulteriori indagini, ha comunicato, con nota del 14.10.2011, che alcuni degli odierni indagati risultano destinatari di foglio di soggiorno per motivi umanitari.

In relazione alle condizioni soggettive ed ai motivi che hanno determinato l'ingresso sul territorio nazionale da parte degli indagati, la polizia giudiziaria ha comunicato di non essere in possesso di verbali di dichiarazioni rese dagli stessi, poiché immediatamente trasferiti in altre sedi per motivi di ordine pubblico.

5. L'improcedibilità dell'azione penale per tenuità del fatto ex art. 34 d.l.vo n. 274/2000 ed i suoi requisiti applicativi.

L'art. 34 d.l.vo n. 274/2000 esclude la procedibilità dell'azione penale per i reati di competenza del giudice di pace quando il fatto sia di particolare tenuità. Per valutare la sussistenza di tale condizione, la stessa norma indica tre criteri che, come osservato dalla giurisprudenza, devono essere congiuntamente apprezzati con riferimento al fatto concretamente commesso (cfr. da ultimo cass. sez. V 7.5.2009 n. 34227).

5.1. Segue. L'esiguità del danno o del pericolo.

Il primo criterio è relativo all'esiguità del danno o del pericolo cagionato all'interesse tutelato dalla norma penale.

Con riguardo alla fattispecie in esame, nella richiesta di archiviazione si è osservato che gli odierni indagati sono stati rintracciati dalle forze di polizia immediatamente dopo aver fatto ingresso nel territorio nazionale, nonché che i medesimi indagati sono stati conseguentemente

sottoposti alla procedure di identificazione e fotosegnalamento, così da permettere l'adozione nei loro confronti dei provvedimenti amministrativi previsti dalla vigente normativa (in tal senso cfr. la c.n.r. del 2.3.2011 della Questura di Crotone che fa presente che, dopo il loro trasferimento presso il CDA, personale della polizia scientifica ha provveduto alla identificazione degli odierni indagati mediante fotosegnalamento e riscontro AFIS).

Pertanto, considerato che il bene giuridico protetto dalla norma penale di cui all'art. 10-bis d.l.vo n. 286/1998 è quello dell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, è stato ritenuto che dalla circostanza dell'immediato rintraccio, con conseguente identificazione e possibilità di adottare i provvedimenti amministrativi previsti dalla vigente normativa¹, derivasse una lesione al bene giuridico di carattere esiguo e non grave.

Per le ragioni già esposte al paragrafo 3, la circostanza che l'ordinanza del Giudice di pace non abbia richiesto supplementi di indagine sul requisito dell'esiguità del danno, concentrandosi esclusivamente sul criterio del ridotto grado di colpevolezza, comporta che il requisito in esame sia stato dallo stesso giudice ritenuto integrato nel caso di specie.

Tuttavia – come già anticipato – si intende ritornare anche sull'argomento dell'esiguità del danno, tenendo conto delle osservazioni formulate nell'ordinanza del Giudice di pace.

Invero, quest'ultima ha ritenuto irrilevante la circostanza che gli indagati siano stati rintracciati dalle forze di polizia subito dopo il loro ingresso e che, conseguentemente, sia stato possibile adottare nei loro confronti i provvedimenti amministrativi previsti dalla vigente normativa, in quanto il reato in questione si consuma nell'esatto momento in cui lo straniero fa ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle norme di cui al d.l.vo n. 286/1998 e che, nello stesso momento, si verifica una immediata ed integrale lesione del bene giuridico tutelato dalla norma, restando ininfluyente la successiva adozione di provvedimenti di espulsione o respingimento. Su quest'ultimo punto, l'ordinanza del Giudice di pace ha affermato che le ipotesi di interferenza dei provvedimenti amministrativi sul piano penale sono state puntualmente normate dal legislatore (cfr. art. 10-bis commi 2 e 5 d.l.vo n. 286/1998) e che prevedere ulteriori ipotesi di improcedibilità, basate sulla mera adozione di provvedimenti amministrativi anziché sulla loro effettiva esecuzione, equivarrebbe ad operare inammissibili interpretazioni additive della norma.

¹ Prova ne è che ad alcuni degli odierni indagati è stato rilasciato il permesso di soggiorno di cui al D.P.C.M. del 5.4.2011.

Si ritiene che le considerazioni formulate dal Giudice di pace, pur condivisibili sul piano teorico, siano del tutto ininfluenti rispetto alla fattispecie concreta di cui si sta trattando.

Occorre, in primo luogo, ricordare che il criterio dell'esiguità del danno o del pericolo, necessario affinché si possa configurare, alla stregua dell'art. 34 d.l.vo n. 274/2000, l'ipotesi dell'improcedibilità dell'azione penale per tenuità del fatto, è cosa ben diversa dall'offensività del fatto, senza la quale non avrebbe proprio senso, per carenza di uno degli elementi fondamentali, discutere della stessa sussistenza del reato (*nullum crimen sine iniuria*).

E' scontato che l'ingresso nel territorio nazionale da parte degli odierni indagati, in spregio alle norme di cui al d.l.vo n. 286/1998, sia stata una condotta capace di ledere pienamente il bene giuridico del controllo dei flussi migratori, con conseguente configurazione del reato di cui all'art. 10-bis.

Il problema che si è affrontato nella richiesta di archiviazione è tutt'altro: si è discusso se tale condotta sia stata gravemente o esiguamente offensiva rispetto al bene giuridico protetto. Se, al contrario, offesa non ve ne fosse proprio stata, la fattispecie non avrebbe integrato gli estremi di alcun reato².

La conclusione alla quale si è giunti nella richiesta di archiviazione è che il danno cagionato da parte degli odierni indagati all'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori fosse esiguo.

In tal senso, va osservato che tale interesse è tutelato sia da norme di carattere penale, volte al soddisfo di un'esigenza specialpreventiva, che da norme di carattere amministrativo, volte al ristabilimento delle procedure (violato) in materia di ingresso e di ammissione nel territorio dello Stato, che prevedono istituti quali l'espulsione, il respingimento, il trattenimento, ecc.

Con riferimento agli odierni indagati, la circostanza che gli stessi siano stati rintracciati dalle forze di polizia sull'isola di Lampedusa subito dopo il loro ingresso nel territorio nazionale, immediatamente trasferiti presso un CDA e qui sottoposti alle procedure di identificazione e fotosegnalamento (cfr. c.n.r. del 2.3.2011), in modo tale da poter agire nei loro confronti sul piano amministrativo al fine di ristabilire le regole in materia di ingresso che essi hanno violato, depone chiaramente nel senso di un danno non grave e piuttosto esiguo al bene giuridico del controllo dei flussi migratori.

² Osserva la relazione governativa al d.l.vo n. 274/2000, par. 6, che “vi è ormai concordia di opinioni nel ritenere il reato come un'entità graduabile, proprio nella sua dimensione quantitativa, apprezzabile non solo sul terreno della commisurazione della sanzione, ma anche sotto il profilo dell'an della responsabilità”.

Non si tratta di considerare – come si afferma invece nell’ordinanza – la mera adozione dei provvedimenti di espulsione o di respingimento alla stregua di un’ulteriore causa di improcedibilità dell’azione penale, al pari dell’ipotesi di effettiva esecuzione di tali provvedimenti di cui all’art. 10-bis comma 5, ma piuttosto e più semplicemente di valutare che la concreta possibilità di adottare tali provvedimenti incida – contenendola – sulla gravità del danno cagionato dalla violazione commessa dagli stessi indagati.

Al contrario, la condotta di chi, dopo aver fatto ingresso, riuscisse a sfuggire a qualsiasi controllo ed a permanere, anche per un breve periodo, sul territorio, integrerebbe una lesione al bene giuridico del controllo dei flussi migratori sicuramente non esigua e, pertanto, idonea ad essere ricondotta nell’ambito di applicazione dell’istituto dell’improcedibilità per tenuità del fatto.

Un’ulteriore conferma del carattere esiguo dell’offesa cagionata nel caso di specie proviene dall’emanazione del D.P.C.M. del 5.4.2011, su cui però ci si soffermerà nel paragrafo 6.

Del tutto influente risulta poi la circostanza che l’identificazione dei cittadini stranieri giunti irregolarmente sul territorio nazionale avvenga normalmente sulla base delle dichiarazioni degli interessati, privi di documenti di identità. Basta ricordare, a tal proposito, che tutti i cittadini stranieri irregolari vengono sottoposti a rilievi fotodattiloscopici, con conseguente certezza sulla loro identità in occasione di ogni eventuale futuro controllo. L’univocità delle impronte digitali consente, infatti, di accertare che un soggetto controllato in più occasioni sia la stessa persona, a prescindere dalla veridicità delle generalità che fornisce.

In conclusione, anche sulla base delle precisazioni che precedono, si ribadisce la convinzione che la condotta degli odierni indagati, pur integrando gli estremi del reato di cui all’art. 10-bis, abbia arrecato un’offesa esigua all’interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori.

5.2. Segue. L’occasionalità della condotta.

Il secondo criterio previsto dall’art. 34 d.l.vo n. 274/2000 è relativo all’occasionalità della condotta.

Come già detto, anche a proposito di questo requisito, l’ordinanza del Giudice di pace non dispone l’esecuzione di ulteriori indagini per riscontrarne il soddisfacimento, col che può ritenersi, per tutte le osservazioni formulate nel paragrafo 3, che la stessa ordinanza abbia condiviso la valutazione, formulata dal pubblico ministero, di occasionalità della condotta degli odierni indagati.

Tuttavia, anche in questo caso per ragioni di completezza, si intende ritornare sulle ragioni per cui si è ritenuto che nel caso di specie si sia di fronte ad una condotta occasionale, dando altresì conto dei rilievi contenuti a tal proposito nell'ordinanza.

Riguardo al criterio in esame, nella richiesta di archiviazione si è osservato che la condotta degli odierni indagati potesse definirsi occasionale, in quanto il reato di cui all'art. 10-bis si configura soltanto nel caso di primo ingresso o di primo rintraccio nel territorio dello Stato e gli odierni indagati non sono stati in precedenza in Italia (circostanza esclusa attraverso gli accertamenti AFIS che avrebbero consentito, attraverso le comparazioni dattiloscopiche, di rilevare l'esistenza di precedenti controlli anche con generalità differenti).

In altri termini, attraverso le osservazioni svolte nella richiesta di archiviazione, si è inteso affrontare il profilo della pericolosità sociale degli odierni indagati, ritenendo che il requisito dell'occasionalità della condotta risponda alla necessità di valutare la capacità a delinquere di un soggetto³.

L'ordinanza del Giudice di pace ha osservato che la condotta che configura il reato in questione è di per sé occasionale, mentre la reiterazione o l'abitualità della stessa condotta farebbero sorgere altre e più gravi fattispecie di reato. “Di conseguenza – conclude sul punto l'ordinanza – se il legislatore ha inteso attribuire rilevanza penale ad una condotta necessariamente occasionale, il mero requisito dell'occasionalità della condotta non può costituire presupposto di una particolare tenuità del fatto”.

La tesi espressa dal Giudice di pace non può essere condivisa per più ordini di ragioni.

Primo.

Sebbene il rilievo sulla struttura occasionale del reato in questione sia contenuto nella stessa richiesta di archiviazione, alcuni recenti interventi giurisprudenziali, in primo luogo della CGCE⁴, che hanno determinato anche modifiche normative all'art. 14 d.l.vo n. 286/1998, impongono di rivedere la posizione espressa nella medesima richiesta e ad ammettere la possibilità di una reiterazione del reato di cui all'art. 10-bis.

Si osservi.

In astratto, un cittadino straniero che entra irregolarmente nel territorio nazionale per la prima volta commette il reato di cui all'art. 10-

³ Così la Relazione governativa al d.l.vo n. 274/2000, par. 6: “Quanto all'ulteriore requisito costitutivo rappresentato dall'occasionalità, esso assume un indiscusso rilievo sul terreno della politica criminale, con particolare riguardo alle esigenze della “prevenzione speciale”. Basti pensare che una serie di fatti scarsamente lesivi può spesso sancire l'inizio di una carriera criminale. Di conseguenza, il fatto bagatellare consumato da un autore “non bagatellare” deve sfuggire al filtro della improcedibilità, quando, ad esempio, costituisce la spia della capacità a delinquere nel contesto delle tipologie criminoso interessate dall'istituto”.

⁴ Cfr. CGCE, 28.4.2011, El Dridi, C - 61/11PPU.

bis; dello stesso reato risponde il cittadino straniero che, per la prima volta, viene trovato sul territorio nazionale privo di permesso di soggiorno. In entrambe queste occasioni, al cittadino straniero va anche comminato un provvedimento amministrativo di espulsione, che potrà essere spontaneamente o coattivamente eseguito. Dopodiché il cittadino straniero che recidiva nella propria condotta non dovrebbe più rispondere del reato di cui all'art. 10-bis, in quanto se facesse rientro in Italia, dopo essere stato effettivamente allontanato, dovrebbe rispondere del reato di cui all'art. 13, mentre se rimanesse sul territorio nazionale contravvenendo ad un ordine di allontanamento, dovrebbe rispondere del reato di cui all'art. 14.

Ma non sempre è così. In tutti i casi, infatti, in cui i provvedimenti amministrativi di espulsione o di allontanamento siano illegittimi⁵, questi andranno disapplicati dal giudice penale, con esclusione delle ipotesi criminose di cui agli artt. 13 e 14 e conseguente riviviscenza della fattispecie di cui all'art. 10-bis, non operando più la clausola di salvaguardia con cui esordisce tale norma.

Ne consegue che il reato di cui all'art. 10-bis non abbia una struttura necessariamente occasionale e possa essere oggetto di reiterazione.

Secondo.

Anche l'entrata in vigore del D.P.C.M. del 5.4.2011 impone di rivedere la posizione espressa nella richiesta di archiviazione riguardo alla struttura del reato di cui all'art. 10-bis.

Si pensi al caso di un cittadino straniero (i) che abbia fatto ingresso irregolarmente nel territorio nazionale, (ii) che per questa ragione sia stato perseguito per il reato di cui all'art. 10-bis, (iii) che abbia ricevuto un permesso di soggiorno ai sensi del D.P.C.M. del 5.4.2011, (iv) che, prima della scadenza di tale permesso di soggiorno, abbia fatto ritorno nel paese di origine e (v) che, successivamente, sia rientrato (per la seconda volta) in Italia: quale reato sarebbe configurabile nei confronti di tale soggetto se non proprio (e per la seconda volta) quello di cui all'art. 10-bis?

Anche sulla base dell'osservazione appena svolta si può affermare che il reato in questione non sia di per sé occasionale.

Terzo.

⁵ Ad esempio, per il mancato allineamento della normativa italiana alla normativa europea in materia di allontanamento dei cittadini stranieri irregolari dal territorio nazionale, rilevato dalla citata pronuncia CGCE El Dridi. Da questo, come da altri casi, consegue che né il reingresso, essendo l'espulsione amministrativa avvenuta irregolarmente, né il trattenimento in violazione di un ordine – illegittimo – del questore, possano ritenersi reato. Tuttavia, in entrambi i casi la condotta deve essere residualmente ricondotta all'ambito di applicazione dell'art. 10-bis, sotto il profilo del fare ingresso nel primo caso e del trattenersi nel secondo. La validità di tale ragionamento non può ritenersi scalfita dalle modifiche normative intervenute per eliminare l'incompatibilità della legge italiana alla normativa comunitaria rilevata dalla CGCE. Il reato di cui all'art. 10-bis si configurerà per la seconda volta in tutti i casi in cui i provvedimenti di espulsione o di allontanamento siano illegittimi per qualsiasi vizio attinente agli stessi.

La struttura (necessariamente occasionale o meno) del reato di cui all'art. 10-bis è, in realtà, del tutto irrilevante ai fini dell'eventuale esclusione dell'istituto dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto.

L'art. 34 d.l.vo n. 274/2000 stabilisce, infatti, che "il fatto è di particolare tenuità quando ... la sua occasionalità ... non giustificano l'esercizio dell'azione penale", senza porre eccezioni di sorta nei confronti dei reati a condotta necessariamente occasionale.

In altri termini, il legislatore ha dettato questo criterio indipendentemente dalla natura necessariamente occasionale o meno dei reati. Da ciò discendono due possibili interpretazioni: o si ritiene che, di fronte ad un reato a condotta necessariamente occasionale, il criterio in questione rimanga neutro, nel senso che la valutazione di tenuità del fatto debba piuttosto concentrarsi sugli ulteriori due requisiti; o, altrimenti, si ritiene che la natura necessariamente occasionale del reato soddisfi automaticamente il criterio in questione.

Ciò che, invece, pare francamente inammissibile è ritenere che la necessaria occasionalità della condotta implichi, per il reato che possiede questa caratteristica, l'inapplicabilità dell'istituto dell'improcedibilità per tenuità del fatto. Si tratterebbe, infatti, di un'interpretazione della norma che, oltre a collidere con la lettera della stessa (che – come detto – non prevede eccezioni per nessuna tipologia di reati), sarebbe contraria al principio del favor rei.

E' semmai corretto affermare che l'occasionalità della condotta non possa di per sé essere sufficiente a ritenere applicabile l'istituto dell'improcedibilità per tenuità del fatto, ma, a tal proposito, tanto nell'originaria richiesta, quanto nella presente, si è proceduto ad un esame congiunto di tutti e tre i criteri.

Quarto.

Il requisito del ridotto grado di colpevolezza deve essere apprezzato non solo e non tanto nel senso di mancata reiterazione di una medesima condotta, ma anche e soprattutto come concreta valutazione della pericolosità sociale di un soggetto.

L'inserimento di questo criterio nell'ambito dell'istituto dell'improcedibilità per tenuità del fatto mira proprio a garantire che un fatto, che abbia cagionato un danno esiguo e che sia stato caratterizzato da un ridotto grado di colpevolezza, rimanga comunque procedibile se commesso da un soggetto che, per la propria condotta antecedente e successiva alla commissione del reato e per l'eventuale presenza di precedenti anche specifici nella sua carriera criminale, esclude che del fatto commesso si possa dare un giudizio di tenuità.

E nel caso in questione è possibile rilevare che gli odierni indagati sono giunti per la prima volta in Italia⁶ e che gli stessi sono immuni da pregiudizi penali di sorta⁷, con la conseguenza che è possibile formulare un giudizio di assenza di pericolosità sociale e di capacità delinquenziale degli stessi.

Quinto.

La Corte Costituzionale ha chiaramente affermato l'applicabilità dell'istituto dell'improcedibilità per tenuità del fatto anche al reato di cui all'art. 10-bis, senza ravvisare ostacoli di sorta nella sua struttura⁸.

Sesto.

Il legislatore ha espressamente escluso l'applicabilità dell'oblazione al reato in esame. Sembra, pertanto, naturale dedurre che, ove un simile atteggiamento restrittivo avesse voluto manifestare anche nei confronti della causa d'improcedibilità per tenuità del fatto, l'avrebbe fatto espressamente (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Concludendo sul punto, sulla base di tutte le considerazioni finora formulate, si ritiene che possa essere pacificamente affermato il carattere occasionale della condotta mantenuta dagli odierni indagati, i quali hanno commesso quest'isolata infrazione spinti dalla criticità del contesto sociale da cui provengono e dalla motivazione di migliorare la propria condizione, senza che dalla loro condotta (anche antecedente al reato, considerata l'assenza di precedenti penali) possa evincersi una qualsiasi forma di pericolosità sociale.

5.3. Segue. Il ridotto grado di colpevolezza.

Rimane da esaminare l'ultimo requisito contemplato dall'art. 34 d.l.vo n. 274/2000, in ordine al quale l'ordinanza del Giudice di pace ha disposto che il pubblico ministero eseguisse ulteriori indagini, finalizzate ad accertare il rilascio agli indagati del permesso di soggiorno di cui al D.P.C.M. del 5.4.2011 ed a valutare la sussistenza delle particolari condizioni soggettive tali da integrare il requisito in questione.

Prima di entrare nel merito degli esiti delle indagini eseguite è utile richiamare il "punto di vista" espresso nell'originaria richiesta di archiviazione, nella quale, facendo riferimento alle condizioni economiche e sociali dei paesi di provenienza degli indagati ed ai disordini che hanno interessato in tempi recenti gli stessi paesi, si sottolineava la ricorrenza di un "giustificato motivo" alla base della condotta di reato.

⁶ Sul punto cfr. la c.n.r. del 2.3.2011 della Questura di Crotona che fa riferimento alla circostanza che nei confronti degli indagati è stato effettuato il riscontro AFIS.

⁷ A tal proposito, oltre alla logica osservazione dell'impossibilità di aver commesso reati in Italia in quanto mai stati sul territorio nazionale, si rimarca altresì che nei confronti degli odierni indagati non risultano indagini in atto, come rilevato dalla Questura di Agrigento nella nota del 18.10.2011.

⁸ Cfr. corte cost. n. 250/2010 e n. 321/2010.

A tal proposito, si richiamava l'insegnamento della Corte costituzionale che aveva sottolineato il rilievo dell'istituto dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto proprio allo scopo di controbilanciare la mancata previsione della clausola del "giustificato motivo" nella norma penale di cui all'art. 10-bis⁹.

L'ordinanza del Giudice di pace ha sottolineato l'importanza di una valutazione caso per caso, in relazione alle situazioni individuali degli indagati, della sussistenza del requisito del ridotto grado di colpevolezza, rilevando la necessità di ulteriori indagini per accertare, anche attraverso dichiarazioni rese dagli stessi indagati, che essi presentassero condizioni meritevoli di tutela.

Prima di affrontare questo tema occorre, per precauzione e completezza di ragionamento, soffermarsi su una questione che, pur non facendo parte delle ordinanze del Giudice di pace, è inserita nelle sentenze emesse dallo stesso ufficio giudicante nei processi per il reato in questione. In tali sentenze l'argomento del ridotto grado di colpevolezza è stato "liquidato" sulla base della mera considerazione che, trattandosi di fattispecie contravvenzionale, la punibilità scatterebbe anche a titolo di semplice colpa¹⁰.

Si ritiene che quest'argomento non sia in alcun modo condivisibile.

Si rammenta, infatti, anche se, per quanto si dirà, si tratta di argomento completamente irrilevante ai nostri fini, l'insegnamento che impone, anche in relazione alle contravvenzioni, di indagare l'elemento soggettivo del reato, perché, sebbene le stesse siano normalmente punibili indifferentemente a titolo di dolo o di colpa, è comunque necessario accertare che uno dei due profili soggettivi sia presente nel caso che si sta affrontando¹¹.

Pertanto, sostenere che un reato è punibile a titolo di semplice colpa non vuol dire esimersi dall'onere di motivare che colpa, nel caso concreto, vi sia stata.

In ogni caso – come detto – il profilo in questione è del tutto irrilevante ai fini del discorso che si sta affrontando e ciò per due ragioni fondamentali.

⁹ Cfr. pronunce n. 250/2010 e n. 321/2010.

¹⁰ Cfr. a titolo meramente esemplificativo, in quanto si tratta di motivazione pedissequamente riportata in tutte le pronunce emesse dal Giudice di pace di Agrigento per il reato in questione, la sentenza n. 71/2011 emessa in data 14.7.2011 (depositata in data 12.9.2011) nel procedimento penale n. 42/2009 R.G.G.P. e n. 899/2009 R.G.N.R. a carico di S ■■■ E ■■■ F ■■■ M ■■■ A ■■■ + 6.

¹¹ L'accertamento presunto della colpa nelle contravvenzioni urterebbe infatti con il disposto di cui all'art. 27 Cost. per il quale "nessuno si presume colpevole fino alla condanna definitiva", oltre che con la norma di cui all'art. 43 comma 2 c.p. che, attribuendo rilevanza alla distinzione tra dolo e colpa anche con riguardo alle contravvenzioni tutte le volte in cui da tale distinzione derivino conseguenze giuridiche, ammette che dell'intensità del dolo e del grado della colpa il giudice debba tener conto ai fini della commisurazione della pena ex art. 133 c.p.: ne discende che il giudice per poter compiere tale valutazione deve prima accertare se l'illecito contravvenzionale sia stato commesso con dolo o con colpa. In tal senso, cfr. Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale, 2005, pagg. 480-481.

La prima è che attribuire agli odierni indagati una responsabilità colposa appare sinceramente un assurdo. Significherebbe, infatti, sostenere che essi abbiano fatto ingresso in Italia contro le loro intenzioni, per mera negligenza.

La seconda ragione dell'irrelevanza dell'affermazione riportata nelle sentenze del Giudice di pace di Agrigento, rispetto ai nostri scopi, risiede nella circostanza che l'obiettivo che ci riguarda non consiste nel valutare la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, senza la quale il fatto non costituirebbe reato, bensì nell'accertare se tale elemento soggettivo, certamente sussistente, sia di grado ridotto.

E' noto, infatti, che sia il dolo che la colpa siano entità graduabili. Tale valutazione è normalmente compiuta dal giudice, ai sensi dell'art. 133 comma 1 n. 2 c.p., per determinare la pena da irrogare ad un imputato ritenuto responsabile del reato ascrittogli.

Nel caso che ci occupa il tema del ridotto grado di colpevolezza deve essere affrontato con riferimento all'intensità del dolo (potendosi pacificamente ritenere che questo sia l'elemento soggettivo che ha caratterizzato il reato commesso dagli odierni indagati), nonché alla ricorrenza della fattispecie del "giustificato motivo".

Tale clausola, espressamente contemplata in altre fattispecie di reato, anche in materia di immigrazione, è stata ricondotta al profilo dell'elemento soggettivo del reato¹².

Riguardo al rilievo del "giustificato motivo" in tema di improcedibilità per tenuità del fatto, in ogni caso, si ribadisce che la Corte costituzionale ha chiaramente posto l'attenzione sul ruolo che tale istituto può ricoprire per "controbilanciare la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie di giustificato motivo che esulino dal novero delle cause generali di non punibilità"¹³.

Per quanto riguarda i risultati delle ulteriori indagini ordinate dal Giudice di pace, sebbene – come si è già anticipato – gli esiti della delega conferita alla Questura di Agrigento siano stati negativi, in quanto non è risultato che gli indagati avessero reso dichiarazioni, si ritiene che alcune osservazioni di carattere generale consentono di sopperire alla carenza informativa e di ricostruire comunque le ragioni che stanno alla base della condotta mantenuta dagli stessi indagati.

La prima osservazione è inerente alla notorietà dei fatti che hanno interessato lo stato tunisino nel periodo in cui il reato per cui si procede è stato commesso.

¹² Sul punto cfr. Roberto Garofoli, *Tracce di penale con giurisprudenza*, Neldiritto editore, III ed., 2010, pagg. 84-85.

¹³ Cfr. corte cost. n. 250/2010 e n. 321/2010 cit.

A partire dal gennaio 2011, la Tunisia è stata teatro di un movimento di protesta popolare dai connotati fortemente sociali che hanno condotto, nel giro di pochi giorni, al repentino crollo del regime dell'ex presidente Ben Alì. Le condizioni di estrema difficoltà economica vissute dai cittadini tunisini sono state tali da aver portato al rovesciamento di un regime il cui capo governava il paese ininterrottamente dal 1987.

Come detto, si tratta di fatti notori. Per valutare la ricaduta di tali eventi e degli antefatti che li hanno generati sui comuni cittadini, come gli odierni indagati, può farsi riferimento a molteplici fonti non solo di natura giornalistica. Espresso riconoscimento della gravità della situazione dello stato tunisino si rinviene, ad esempio, nel preambolo del citato D.P.C.M. del 5.4.2011 (sul punto vedi *infra*). Inoltre, in altri fascicoli trasmessi al Giudice di pace di Agrigento con richiesta di archiviazione analoga alla presente, si possono rintracciare dichiarazioni di numerosi cittadini stranieri giunti in Italia nelle medesime condizioni degli odierni indagati, emergendo una situazione di carattere generale che ha condizionato anche la loro condotta¹⁴.

Del tutto irrilevante si ritiene la circostanza che non si riscontrino dichiarazioni provenienti direttamente dagli odierni indagati. La peculiarità della situazione che si è verificata (sbarchi ingenti in una situazione di assoluta emergenza in cui le forze dell'ordine hanno svolto, prima ancora che funzioni di polizia di sicurezza o di polizia giudiziaria, un ruolo di assistenza e di solidarietà umana) non ha evidentemente consentito di interrogare approfonditamente tutti i cittadini stranieri giunti sul territorio nazionale.

Del resto, pretendere di rintracciare per ognuno degli indagati una dichiarazione relativa alle ragioni che lo hanno spinto a fare ingresso irregolare in Italia sarebbe un'operazione, oltre che inutile, perché si tratta – come già detto – di racconti relativi a situazioni di carattere generale che hanno riguardato un'intera collettività, anche discriminatoria e contraria al favor rei, in quanto si affiderebbe alla casualità di essere stato selezionato dall'organo di polizia, che procedeva all'evidente fine di individuare i cc.dd. scafisti responsabili della ben più grave ipotesi di reato di cui all'art. 12 d.l.vo n. 286/1998, la positiva valutazione del ridotto grado di colpevolezza di ciascun indagato.

Del resto, tutti gli odierni indagati hanno commesso il reato in contestazione mettendo a repentaglio la propria vita. Non si ritiene che occorra altro per poter affermare che le loro condotte siano state determinate da condizioni di autentica emergenza!

¹⁴ Cfr. ad esempio il proc. pen. n. 210/2011 mod. 21-bis contro M██████ T██████ + altri ed il proc. pen. n. 273/2011 contro C██████ M██████ A██████ + altri.

Dalle osservazioni finora svolte può affermarsi che la commissione del reato da parte di tutti gli odierni indagati è stata caratterizzata da dolo d'impeto, cioè dalla figura di dolo di minore intensità, caratterizzata dal carattere assolutamente repentino della risoluzione criminosa¹⁵.

E' facilmente intuibile che gli odierni indagati non abbiano operato alcuna macchinazione criminosa, ma abbiano piuttosto agito in maniera impulsiva e repentina, approfittando di una situazione contingente venutasi a creare a causa dei disordini nel loro paese per sfuggire ad una condizione di estremo disagio e tentare di garantirsi un futuro migliore.

Ne consegue, in relazione all'argomento dell'improcedibilità dell'azione penale per tenuità del fatto, che non possa non rilevarsi il basso livello di intensità del dolo che ha sorretto le loro condotte e, conseguentemente, il ridotto grado di colpevolezza che ha caratterizzato i reati commessi da tutti gli odierni indagati.

Guardando la fattispecie concreta da un'altra e complementare prospettiva, non può non apprezzarsi che la commissione dei reati nel caso di specie sia stata giustificata da gravi motivi che, sebbene non escludano la configurabilità del reato, valgono, proprio in accordo all'insegnamento della Corte costituzionale, a riconoscere che si sia trattato di fatti di particolare tenuità.

Non può che concludersi, pertanto, per la piena configurazione nel caso di specie di un ridotto grado di colpevolezza di tutti gli odierni indagati, avendo ciascuno di essi commesso il reato con dolo d'impeto e per giustificato motivo, che, unitamente agli altri due requisiti sopra trattati, permette di affermare che il fatto di cui al presente procedimento sia di particolare tenuità.

6. Il rilascio del permesso di soggiorno di cui al D.P.C.M. del 5.4.2011.

Come richiesto dall'ordinanza, è stato accertato che alcuni degli odierni indagati, specificamente indicati nella nota della Questura di Agrigento del 14.10.2011, sono stati destinatari del permesso di soggiorno a carattere temporaneo di cui al D.P.C.M. del 5.4.2011.

Con riguardo a tali indagati, in accordo con quello che si ritiene fosse lo scopo dell'accertamento ordinato dal Giudice di pace, si richiede di valutare l'applicabilità della causa di improcedibilità di cui all'art. 10-bis comma 6 d.l.vo n. 286/1998.

In ogni caso, si rimarca che il decreto in esame costituisce un'autorevole conferma che i fatti commessi da tutti gli odierni indagati possano essere qualificati di particolare tenuità.

¹⁵ Cfr. Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale, 2005, pagg. 445-446.

Nel decreto, dopo aver fatto riferimento ad “eventi di particolare gravità”, si sottolinea la necessità di “adottare misure umanitarie di protezione temporanea in materia di assistenza e di soggiorno di cittadini stranieri, in considerazione delle rilevanti esigenze derivanti dall’eccezionale afflusso di cittadini appartenenti ai Paesi del Nord Africa”¹⁶. Orbene, se la stessa autorità amministrativa si è orientata nel senso di riconoscere la necessità di sospendere le normali procedure amministrative previste dalla normativa per i casi di immigrazione irregolare (espulsioni, respingimenti, trattenimenti presso i c.i.e., ecc.), prevedendo il rilascio di permessi di soggiorno di carattere temporaneo, non può, allo stesso tempo ed allo stesso modo, non riconoscersi che i reati in questione costituiscano fatti di particolare tenuità.

Andando più nello specifico, può apprezzarsi che l’emanazione del D.P.C.M. del 5.4.2011 conferma che la condotta degli odierni indagati non abbia cagionato un danno grave al controllo dei flussi migratori.

Infatti, tale intervento evidentemente depone nel senso di una valutazione da parte dell’autorità amministrativa di lievità della messa in pericolo dell’interesse al controllo dei flussi migratori da parte dei cittadini stranieri che hanno varcato in un determinato contesto le frontiere nazionali. Non si sarebbe, altrimenti, previsto di concedere permessi di soggiorno a carattere temporaneo a cittadini stranieri che hanno commesso un reato che, per espressa previsione legislativa, potrebbe comportare la sanzione dell’espulsione dal territorio nazionale, ai sensi dell’art. 16 d.l.vo n. 286/1998.

Da ultimo, si sottolinea che la circostanza che dall’accertamento della Questura di Agrigento sia emerso che soltanto alcuni degli odierni indagati siano in possesso del permesso di soggiorno ex D.P.C.M. del 5.4.2011, non può essere letta come prova della presenza di condizioni ostative al suo rilascio nei confronti degli altri indagati.

Si tratterebbe ancora una volta di una valutazione contraria al favor rei. La spiegazione del mancato possesso da parte degli altri indagati del permesso in questione potrebbe, piuttosto, consistere nel fatto che semplicemente non l’abbiano richiesto, magari perché non a conoscenza di questa possibilità, trattandosi di persone che vivono ai margini della società e che raramente sono consapevoli dei propri diritti¹⁷. Non va neanche

¹⁶ Cfr. preambolo del D.P.C.M. del 5.4.2011 rubricato “Misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani”.

¹⁷ Cfr. a tal proposito il proc. pen. n. 294/2011 mod. 21-bis, iscritto nei confronti di F. ■■■■■ S. ■■■■■ + altri, trasmesso al Giudice di pace di Agrigento con richiesta di archiviazione analoga alla presente, in cui è inserita la nota del 20.11.2011 della Questura di Crotone, che riferisce che nessuno degli indagati di quel procedimento penale abbia richiesto il permesso in questione. Dedurre che i cittadini stranieri in questione abbiano consapevolmente rinunciato all’opportunità concessagli dalla normativa italiana appare circostanza piuttosto singolare. Pare più plausibile ritenere che la mancata richiesta derivi dalla non piena conoscenza dei propri diritti.

escluso che l'accertamento compiuto dalla Questura di Agrigento non abbia sortito effetti completi per il fatto che i permessi in questione potrebbero essere stati rilasciati da altri uffici del territorio nazionale e gli archivi informatici consultati potrebbero essere non aggiornati o comunque non restituire risultati sempre precisi, magari per l'utilizzo di alias, secondi nomi, piccole differenze nelle date di nascita, ecc.

7. Ulteriori criteri di valutazione della causa di improcedibilità per tenuità del fatto.

Sebbene la valutazione della tenuità del fatto vada condotta alla stregua dei tre criteri sinora evidenziati, la norma di cui all'art. 34 d.l.vo n. 274/2000 fa riferimento a due ulteriori elementi che, per completezza, si passa brevemente a trattare.

Il primo è quello relativo all'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento di cui al secondo comma dell'art. 34.

Nel caso di specie, trattandosi di contravvenzione che offende esclusivamente un interesse dello Stato, tale elemento è completamente irrilevante.

Il secondo elemento concerne il pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento potrebbe recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'indagato di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 34.

Siamo di fronte “ad un criterio di valutazione ulteriore ed integrativo per il giudice (nella disposizione si afferma che occorre “tenere altresì conto delle esigenze di lavoro ...”) e non già di una condizione ineludibile per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto. L'improcedibilità rimane così saldamente ancorata a presupposti oggettivi e soggettivi (la tenuità dell'illecito e la sua occasionalità) rispetto ai quali il riferimento alle ripercussioni del procedimento sulle condizioni di vita dell'autore fornisce un ulteriore, ma non decisivo, contributo di chiarificazione”¹⁸.

Si rimarca, in ogni caso, che la prosecuzione del presente procedimento avrebbe certamente ricadute fortemente negative sugli odierni indagati, le cui condizioni soggettive sono caratterizzate di per sé da situazioni di estrema difficoltà e marginalità, che risulterebbero ulteriormente aggravate dall'esosa ammenda a cui dovrebbero essere condannati e dagli ostacoli che una precedente condanna comporterebbe alle loro eventuali aspirazioni di permanere o rientrare lecitamente in Italia, trovare un lavoro, salvaguardare le esigenze personali e quelle delle proprie famiglie ed in generale realizzare una migliore integrazione sociale.

¹⁸ Così la relazione governativa al d.l.vo n. 274/2000, par. 6.

8. Conclusioni.

Sulla base delle considerazioni che precedono, ritenendo che, anche alla luce degli esiti delle ulteriori indagini eseguite, il reato commesso da tutti gli odierni indagati sia improcedibile, ai sensi dell'art. 34 d.l.vo n. 274/2000, per particolare tenuità del fatto, come si evince dall'esiguità del pericolo arrecato all'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, nonché dall'occasionalità della condotta mantenuta dagli indagati (assenza di pericolosità sociale e di capacità a delinquere) e dal loro ridotto grado di colpevolezza (dolo d'impeto e ricorrenza di motivi che giustificano la commissione del reato), si reitera la richiesta di archiviazione del presente procedimento.

Con riferimento agli indagati, nei cui confronti, come richiesto dall'ordinanza, è stato accertato il rilascio di permesso di soggiorno di cui al D.P.C.M. del 5.4.2011 (cfr. nota della Questura di Agrigento del 14.10.2011), si chiede ad abundantiam l'archiviazione del procedimento perché ricorre la causa di improcedibilità di cui all'art. 10-bis comma 6 d.l.vo n. 286/1998.

P.Q.M.

visti gli artt. 17 e 34 d.lvo n. 274/2000;

chiede

l'archiviazione del procedimento e la restituzione degli atti al proprio ufficio.

Agrigento, 13.3.2012

Il pubblico ministero
(*dott. Francesco Battaglia - V.P.O.*)