

TI_GERICHTE 17.2008.46 vom 8. Mai 2009

TI Tribunale d'appello, 2009-05-08, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_17.2008.46

FR: TI_GERICHTE 17.2008.46 du 8 mai 2009

IT: TI_GERICHTE 17.2008.46 del 8 maggio 2009

Regeste

Infrazione e contravvenzione alla Legge sul domicilio e la dimora di stranieri.
Gerente/affittacamere di un esercizio pubblico. Lex mitior. Posizione di garante in base alla Legge sugli esercizi pubblici

Erwägungen

E. 1

Il ricorso per cassazione (art. 288 lett. a e b CPP) può essere presentato per errata applicazione del diritto sostanziale ai fatti posti a base della sentenza (lett. a), per vizi essenziali di procedura, purché il ricorrente abbia eccepito l'irregolarità non appena possibile (lett. b) e per arbitrio nell'accertamento dei fatti (lett. c). L'accertamento dei fatti e la valutazione delle prove sono censurabili unicamente per arbitrio (art. 288 lett. c e 295 cpv. 1 CPP). Arbitrario non significa tuttavia manchevole, discutibile o finanche inesatto. Arbitrario significa manifestamente insostenibile, destituito di fondamento serio e oggettivo, in aperto contrasto con gli atti (DTF 133 I 149 consid. 3.1 pag. 153, 132 I 13 consid. 5.1 pag. 17, 131 I 217 consid. 2.1 pag. 219, 129 I 173 consid. 3.1 pag. 178 con richiami) o basato unilateralmente su talune prove ad esclusione di tutte le altre (DTF 118 Ia 28 consid. 2b pag. 30, 112 Ia consid. 3 pag. 371). Per motivare una censura di arbitrio non basta, dunque, criticare la sentenza impugnata. Né è sufficiente contrapporre una propria versione dell'accaduto, per quanto preferibile essa appaia. Occorre, invece, spiegare perché un determinato accertamento dei fatti o una determinata valutazione delle prove siano viziati da errore qualificato. Secondo giurisprudenza, inoltre, per essere annullata una sentenza deve essere arbitraria anche nel risultato, non soltanto nella motivazione (DTF 133 I 149 consid. 3.1 pag. 153, 132 I 13 consid. 5.1 pag. 17, 131 I 217 consid. 2.1 pag. 219, 129 I 8 consid. 2.1 pag. 9, 173 consid. 3.1 pag. 178).

E. 2

Il giudice di prime cure non ha ritenuto realizzata la fattispecie di cui all'art. 23 cpv. 1 LDDS (116 LStr) poiché "le prostitute che prendevano in locazione le camere del _____ 2 venivano regolarmente notificate dall'imputato alla polizia sulla scorta degli appositi formulari". Pertanto – ha considerato il primo giudice – "nel concedere alloggio alle ragazze nelle camere situate sopra l'esercizio pubblico (..) non si è celata alla polizia la presenza delle straniere". In realtà – sempre secondo il primo giudice – "gli agenti e i funzionari cantonali competenti avevano la possibilità di effettuare in ogni momento, come poi è successo, tutti i controlli necessari ad appurare il rispetto delle leggi". Con l'annuncio "della presenza di ragazze straniere in un locale che è manifestamente luogo di prostituzione come il _____ 2, la polizia cantonale e l'ufficio degli stranieri dispongono di informazioni a sufficienza per valutare se intervenire o meno" (sentenza consid. 5 pag. 7). Quanto all'imputata contravvenzione di cui all'art. 123 cpv. 4 LDDS (117

cpv. 1 LStr), il giudice di prime cure ha ritenuto che la pubblica accusa “ non è riuscita in alcun modo a dimostrare che il prevenuto abbia avuto un legame contrattuale analogo al contratto di lavoro, mandato o appalto (...) con le ragazze ”. Il giudice ha, al proposito, sottolineato che le tre ragazze sentite dagli inquirenti (e di cui s’è detto sub B.) hanno dichiarato di essere arrivate al _____ 2 senza alcun intervento preventivo di IM 1 e precisato di essere “ state libere di fare quel che volevano e che l’unico loro impegno era quello del pagamento del canone di locazione di fr 150.- al giorno ”. Rilevato, inoltre, che “ non vi erano orari di presenza obbligata, periodi di permanenza minimi o altri tipi di vincoli determinati dall’accusato o dai suoi datori di lavoro” , il giudice di prime cure ha concluso che “ la punibilità di IM 1 ai sensi dell’art. 117 LStr ” - lex mitior rispetto all’art. 123 cpv. 4 LDDS – “ è da escludere ” (sentenza consid.

E. 6

Tuttavia, queste considerazioni non bastano a fondare la condanna di IM 1. Emerge, infatti, dagli atti che la pubblica accusa ritiene che IM 1 si sia reso autore colpevole dell’infrazione di cui all’art. 23 cpv. 1 LDDS per avere, non tanto (o non solo) alloggiato nel motel le donne straniere dedite alla prostituzione, ma per averle alloggiate sapendo o dovendo presumere che esse esercitavano un’attività lucrativa senza notificare tale situazione alla competente polizia degli stranieri. A questo proposito si osserva che non è rilevante il fatto che nel DA la descrizione di quanto imputato a IM 1 non sia precisa (nel DA la descrizione dell’atto ritenuto costitutivo del reato si limita all’aver dato alloggio) nella misura in cui risulta dagli atti che la Difesa ha ben compreso dall’inizio che cosa veniva imputato al suo assistito (TF non pubblicata 11.10.2007 [6B.334/2007], consid. 3.3; TF non pubblicata 18.7.2006 [6P.99/2006], consid. 3.2.4.; Rep. 1999, p. 360; Rep 1998 p. 370). In sostanza, dunque, la pubblica accusa imputa a IM 1 un reato per omissione (unechtes Unterlassungsdelikt) . Ritenuto che ci si può rendere autore colpevole di un reato per omissione soltanto se si è in una posizione di garante, occorre esaminare se, in concreto, IM 1 poteva essere ritenuto un garante.

E. 7

Nelle sue osservazioni, IM 1 nega che gli si possa riconoscere una posizione di garante. Da un lato, pur ammettendo di avere funto da gerente (osservazioni pag. 3 in fondo) ed ammettendo che l’art. 53 cpv. 3 LEP ha delegato al gerente la responsabilità per le notifiche degli ospiti alla polizia (osservazioni pag. 4 in alto), egli precisa di non poter essere paragonato “ a tutti gli effetti ai gerenti formati dalla Divisione della formazione professionale” non avendo egli alcun certificato di capacità (che, peraltro, non è necessario per gestire un esercizio pubblico di affittacamere). Inoltre, egli precisa che, se è vero che egli fungeva da gerente, è anche vero che egli era dipendente e lavorava per la _____ soltanto al 50% D’altro lato, - sempre secondo la sua tesi - non gli può essere attribuita funzione di garante poiché il “datore di alloggio” ai sensi dell’art. 2 LDDS era la _____ che era anche il gestore dell’EP (art. 75 cpv. 1 REP). Egli era, invece, un semplice dipendente, tenuto a seguire le indicazioni del datore di lavoro (art. 321a cpv. 1 CO) e alla notifica di cui all’art. 53 LEP (osservazioni pag. 3 sub punto II).

E. 8

È garante chi, per obbligo legale o contrattuale, deve impedire il compiersi di una fattispecie penale o sopprimerne gli effetti. La responsabilità penale richiede inoltre la consapevole lesione di doveri derivanti dalla posizione di garante, ciò che è dato, nel caso di

reato intenzionale, quando il garante riconosce o prevede la commissione di un reato da parte di terzi, e ciò nonostante rimane passivo (DTF 105 IV 173 consid. 4a e 4b pag. 175). IM 1 era – per sua stessa ammissione (cfr sue dichiarazioni riportate al consid. 2 della sentenza di primo grado e quanto da lui ammesso nelle osservazioni al ricorso) - gerente dell'affittacamere posto sopra il _____ 2. Irrilevante, per quanto qui interessa, è il fatto che egli lavorava come gerente solo al 50% e a titolo dipendente. Altrettanto irrilevante è il fatto che egli non aveva un certificato di capacità (un tale certificato non è richiesto per la gerenza di tutti gli esercizi pubblici). Giusta l'art. 53 cpv. 1 e 3 LEP (che non distingue fra i gerenti con o senza certificato di capacità), in quanto gerente, egli era responsabile dell'igiene, dell'ordine, della quiete e della tutela del buon costume nell'esercizio pubblico e nelle immediate vicinanze (cpv. 1) nonché delle notifiche degli ospiti alla polizia (cpv. 3). L'art. 89 del REP – che esplicita gli obblighi posti dall'art. 53 LEP – precisa che il gerente ha l'obbligo di prendere tutti i provvedimenti atti alla tutela del buon costume e al mantenimento dell'ordine e della quiete (cpv. 1) e che egli è tenuto, inoltre, a dare immediato avviso alla polizia comunale e cantonale di tutti quei fatti che, verificatisi nell'esercizio, presentino un aspetto grave o comunque d'interesse per la polizia (disordini, risse, contravvenzioni, ecc). E' indubbio che queste norme pongono il gerente, nei confronti delle autorità, in una posizione di garante ai sensi di quanto sopra (cfr, in particolare, RDAT N. 51/I -2000; cfr, pure, M. Garbani, Commentario alla legge sugli esercizi pubblici, pag. 191). IM 1 era, quindi, tenuto a notificare alle autorità tutte quelle situazioni per lui riconoscibili come in contrasto con la legge che si realizzavano nell'esercizio pubblico di cui lui era gerente. Fra queste, vi è, evidentemente, il fatto che persone straniere – che lui sapeva o doveva presumere essere sprovviste della necessaria autorizzazione – vi esercitavano un'attività lucrativa (sull'illiceità del soggiorno nel caso di chi inizia a svolgere un'attività lucrativa non notificata rispettivamente autorizzata, dopo essere entrato in Svizzera con l'intenzione di esercitare tale attività lucrativa, disponendo solo di un visto turistico , cfr DTF 131 IV 178). E' vero che il dovere che incombe alla persona che alloggia uno straniero di annunciare la sua presenza non la mette in una posizione di garante rispetto al reato sanzionato all'art. 23 n. 1 cpv. 5 LDDS (DTF 127 IV 27). Da quanto sopra, risulta, però, altrettanto evidente che effettuare tale annuncio non esclude, di per sé, la realizzazione della fattispecie contemplata all'art. 23 cpv. 1 frase 5 LDDS. E, in concreto, la posizione di garante derivava a IM 1 – non dalla LDDS – ma, come visto, dalla LEP.

E. 9

Nelle sue osservazioni, IM 1 ha, poi, sostenuto che una sua condanna violerebbe l'art. 6 cpv. 3 CEDU nella misura in cui le prostitute sulle cui deposizioni sarebbe stata fondato il decreto d'accusa non sono state sentite, nonostante le sue ripetute richieste, in contraddittorio (osservazioni pag. 1 e 2).

E. 10

La censura cade nel vuoto. Infatti, la condanna di IM 1 si fonda su altre risultanze istruttorie. Da un lato, vi è l'accertamento secondo cui, durante il controllo di polizia del 3.4.2007, è risultato che al _____ 2, nella camere sopra il bar, erano alloggiate 13 donne straniere (brasiliane e rumene) che vi esercitavano la prostituzione. Di queste, soltanto una disponeva di un permesso per l'esercizio di tale attività lucrativa. D'altro lato, vi è l'ammissione di IM 1 secondo cui, sempre, egli notificava le ospiti del _____ “ con la solita cedola di notifica che equivale alla notifica di soggiorno turistico ” (sentenza

consid. 4 pag. 5). D'altro lato ancora vi è l'ammissione di IM 1 sulla presenza al _____ delle tre ragazze menzionate del DA fatta davanti al magistrato (verb. 16.5.2007 pag. 4). D'altro lato, ancora, vi sono le ammissioni secondo cui il _____ è un "noto postribolo" e secondo cui nelle camere le ospiti esercitavano la prostituzione (cfr. verb. dib. e sentenza consid. 1 pag. 1). In queste condizioni, il non avere potuto sentire in contraddittorio le tre prostitute non è rilevante e non inficia la condanna (DTF 125 I 127; 124 I 274; 122 V 157; 121 I 306; DTF 5.1.2009 non pubbl. [SB_325/2008] consid. 2 e rif).

E. 11

L'art. 23 cpv. 4 della vecchia legge federale concernente la dimora e il domicilio degli stranieri del 26 marzo 1931 (LDDS; RS 142.20), nella formulazione in vigore dal 31 marzo 1949 (RU 1949 I 225 232) fino 1. gennaio 2008, disponeva che chiunque, intenzionalmente, impiegava stranieri non autorizzati a lavorare in Svizzera era punito, per ogni straniero impiegato illegalmente, con la multa fino a cinquemila franchi, cumulata se del caso con la pena prevista nel capoverso 1 (1° frase). Se l'autore aveva agito per negligenza, la multa non poteva eccedere i tremila franchi (2° frase). Nei casi di minima gravità, il giudice poteva prescindere da ogni pena (3° frase), non essendo, per contro vincolato da questi massimi nel caso in cui l'autore avesse agito per fine di lucro. Il 1. gennaio 2008 la legge federale concernente la dimora e il domicilio degli stranieri del 26 marzo 1931 è stata sostituita dalla legge federale sugli stranieri del 16 dicembre 2005 (LStr; RS 142.20). L'art. 23 cpv. 4 LDDS (ora non più in vigore ma, comunque, ancora applicabile ritenuto che l'art. 117 cpv. 1 LStr che l'ha sostituito prevede una pena più grave, cfr art. 2 cpv. 2 CP) punisce l'impiego di uno straniero non autorizzato a lavorare in Svizzera. Il reato può essere commesso intenzionalmente o per negligenza. Questa norma – adottata per lottare contro il lavoro nero (TF non pubblicata 20.7.2005 [6S.232/2005]; TF non pubblicata 16.11.2007 [6B_176/2007]) – deve essere interpretata estensivamente, in modo conforme al suo scopo ed alla sua lettera. E' così che il TF ha già avuto modo di precisare che "impiegare" ai sensi di questo disposto significa "j emanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen" (DTF 128 IV 170 consid. 4 p. 175 e dottrina citata), "faire exercer une activité lucrative à quelqu'un" (TF non pubblicata 16.11.2007 [6B_176/2007]), indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto tra l'autore e la persona occupata. Nella sentenza 16.11.2007 succitata, il TF ha precisato che, perché l'art. 23 cpv. 4 LDDS sia applicabile, non è sufficiente una semplice tolleranza o un semplice permesso. E' necessario, perché questo disposto sia applicabile, che una persona tenuta a svolgere alcune mansioni nell'ambito di un'economia domestica, di un'impresa o di un servizio pubblico (per esempio, la manutenzione dei cimiteri e dei giardini pubblici di un comune DTF 99 IV 110 consid. 1-3) affidi attivamente l'esecuzione remunerata di questi compiti a stranieri non autorizzati a lavorare nel nostro paese (TF non pubblicata 16.11.2007 [6B_176/2007], consid. 3.2). Non è necessario, perché ci sia impiego ai sensi dell'art. 23 cpv. 4 LDDS, che l'autore possa dare istruzioni ai lavoratori stranieri. E' sufficiente che rientri fra le sue competenze decidere chi può o non può partecipare all'esecuzione del compito e che, perciò, la sua decisione condizioni l'attività lucrativa degli stranieri (DTF 128 IV 170, consid. 4.2. p. 76).

E. 12

In concreto, il pretore ha accertato che IM 1 affittava le camere a donne straniere sapendo che esse esercitavano la prostituzione e sapendo, o comunque, dovendo presumere che lo facevano senza essere autorizzate a lavorare in Svizzera. E' stato, parimenti accertato (sentenza consid. 6 pag. 8), che IM 1 non aveva facoltà di decidere e scegliere a quali donne

straniere, fra quelle che si presentavano, affittare o meno una camera, che le donne arrivavano al _____ senza un suo intervento preventivo e che vi soggiornavano e praticavano la prostituzione in modo del tutto autonomo (comunque, autonomo da IM 1 o dai suoi datori di lavoro) In queste condizioni, l'assoluzione di IM 1 dall'imputazione di contravvenzione all'art. 23 cpv. 4 LDDS è corretta, ritenuto che il semplice locare la camera ad una donna straniera sapendo che questa vi eserciterà la prostituzione senza le necessarie autorizzazioni ex LDDS , può, tutt'al più, essere considerata una tolleranza che, secondo quanto stabilito dal TF, non equivale a "impiegare" ai sensi del citato disposto (TF non pubblicata 16.11.2007 [6B_176/2007], consid. 3.3 in cui il TF ha assolto da tale imputazione la gerente di un bar specializzato, frequentato principalmente da "amateurs de prostituées". Pur rilevando che il bar in questione doveva il suo successo commerciale alla presenza delle prostitute, il TF ha ritenuto inapplicabile alla gerente l'art. 23 cpv. 4 LDDS poiché " les professionnelles qui veulent exercer dans ce bar n'ont pas besoin de l'agrément préalable de la recourante. Certes, la recourante pose et fait respecter des conditions relatives au comportement et à la tenue des filles. Mais toute cliente, prostituée ou non, qui respecte ces conditions est admise dans l'établissement. Il n'existe, ainsi, entre les prostituées et la société du mari de la recourante, qu'un contrat de restauration. Dans ces conditions et quel que soit l'impact de la présence des prostituées sur la chiffre d'affaire du bar, on ne saurait retenir que la recourante ait confié un travail, au sein de son entreprise, aux prostituées en situation irrégulière trouvées dans son établissement") . Su questo punto, il ricorso va, dunque, respinto.

E. 13

Da quanto precede discende che il ricorso della sost. PP è parzialmente accolto nel senso che, annullato parzialmente il dispositivo della sentenza impugnata, IM 1 è dichiarato autore colpevole di infrazione all'art. 23 cpv. 1 LDDS. E', per contro, confermata l'assoluzione dall'imputazione di contravvenzione all'art. 23 cpv. 4 LDDS. Gli atti sono rinviati alla Pretura penale per un nuovo giudizio sulla commisurazione della pena e per nuova decisione sugli oneri processuali di prima sede. sulle spese e sulle ripetibili

E. 14

In esito all'attuale sentenza si giustifica di caricare gli oneri processuali allo Stato che verserà a IM 1, che ha presentato osservazioni tramite un avvocato, fr. 600.- per le ripetibili ridotte. Sugli oneri di prima sede giudicherà nuovamente, come visto, la Pretura penale in sede di rinvio. Per questi motivi, visto sulle spese anche l'art. 39 lett. d LTG, pronuncia:

1. Il ricorso è parzialmente accolto nel senso che, annullato parzialmente il dispositivo della sentenza impugnata, IM 1 è dichiarato autore colpevole di infrazione all'art. 23 cpv. 1 LDDS. Il proscioglimento dall'imputazione di contravvenzione all'art. 23 cpv. 4 LDDS è confermato. 2. Gli atti sono rinviati alla pretura penale per un nuovo giudizio sulla commisurazione della pena e sulle spese di prima sede. 3. Gli oneri processuali, consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 900.- b) spese complessive fr. 100.- fr. 1'000.- sono posti a carico dello Stato che rifonderà a IM 1 fr. 600.- per ripetibili ridotte. 4. Intimazione a: P_GLOSS_TERZI Per la Corte di cassazione e di revisione penale La presidente Il segretario Rimedi giuridici Contro decisioni finali, contro decisioni parziali, contro decisioni pregiudiziali e incidentali sulla competenza e la rikusazione e contro altre decisioni pregiudiziali e incidentali (art. 90 a 93 LTF) è dato, entro trenta giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF), il ricorso in materia

penale al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, per i motivi previsti dagli art. 95 a 98 LTF (art. 78 LTF). La legittimazione a ricorrere è disciplinata dall'art. 81 LTF. Laddove non sia ammissibile il ricorso in materia penale è dato, entro lo stesso termine, il ricorso sussidiario in materia costituzionale al Tribunale federale per i motivi previsti dall'art. 116 LTF (art. 113 LTF). La legittimazione a ricorrere è disciplinata in tal caso dall'art. 115 LTF.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.