

## **IMPUTATO**

Del delitto p. e p. dall'art. 14 co. 5 *quater* D.L.vo 25.7.1998 n. 286 (come modificato in ultimo dalla L.n. 271/2004), perché rivestendo la qualità di straniero in quanto cittadino marocchino, già espulso ai sensi dell'art. 14 comma 5 *ter* con decreto emesso dal Prefetto di Ascoli Piceno in data 27.2.2006, nonché colpito da un nuovo ordine di allontanamento emesso dal Questore della Provincia di Macerata in data 21.6.2010 (notificato allo stesso in pari data) ordine preceduto da un secondo decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Macerata, in pari data, continuava a permanere illegalmente nel territorio italiano.

Accertato in Monte San Giusto il 30.6.2010

Con la recidiva specifica reiterata infraquinquennale

## **APPELLO dell'imputato**

avverso la sentenza n. 570/2010 del 9.7.2010 emessa all'esito di giudizio abbreviato dal Tribunale di Macerata, che dichiarava XY colpevole del reato ascrittogli, esclusa la contestata recidiva e, con la diminuzione del rito, lo condannava alla pena di mesi otto di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali, revocando la sospensione della pena concessa con

sentenze del Tribunale di Macerata, Sezione distaccata di Civitanova Marche, in data 3.11.2006 e in data 22.9.2008

## **FATTO E DIRITTO**

Il P.M. presso il Tribunale di Macerata procedeva penalmente nei confronti di XY, arrestato in flagranza del reato di cui all'art. 14 co. 5 *quater* D.L.vo 25.7.1998 n. 286 (come modificato in ultimo dalla L.n. 271/2004), perché quale cittadino straniero già espulso ai sensi dell'art. 14 comma 5 *ter* con decreto emesso dal Prefetto di Ascoli Piceno in data 27.2.2006, nonché colpito da un nuovo ordine di allontanamento emesso dal Questore della Provincia di Macerata in data 21.6.2010 -ordine preceduto da un secondo decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Macerata, in pari data-continuava a permanere illegalmente nel territorio italiano.

Disposta la convalida dell'arresto, l'imputato, prima dell'inizio del giudizio direttissimo, chiedeva procedersi con la forme del rito abbreviato.

All'esito della discussione il Tribunale di Macerata con sentenza n. 570/2010 del 9.7.2010 dichiarava XY colpevole del reato ascrittogli, esclusa la contestata recidiva e, con la diminuzione del rito, lo condannava alla pena di mesi otto di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali, revocando la sospensione della pena concessa con sentenze del Tribunale di Macerata, Sezione distaccata di Civitanova Marche, in data 3.11.2006 e in data 22.9.2008.

Avverso detta sentenza interponeva rituale appello l'imputato chiedendo la riforma della sentenza di condanna.

All'odierna udienza P.G. e Difesa concludevano come da separato verbale.

**LA QUESTIONE DELLA "COMPATIBILITÀ" DELLA FATTISPECIE  
INCRIMINATRICE IN ESAME CON LA DIRETTIVA 2008/115/CE DEL  
PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 16.12.2008**

Prima di esaminare il merito dell'imputazione, occorre affrontare la questione, evidentemente pregiudiziale, della "compatibilità" della fattispecie incriminatrice contestata all'imputato con la direttiva 2008/115/CE "recante norme e procedure comuni applicabili agli Stati membri di rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", che concedeva agli Stati termine sino al 24 dicembre 2010 per adeguare il proprio diritto interno agli obblighi discendenti dalla direttiva medesima (art. 20).

Va infatti rilevato che, secondo gran parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, la scadenza infruttuosa del suddetto termine rende inapplicabile (tra l'altro) la disciplina sanzionatoria di cui alla disposizione in esame, sulla base di un ordito logico che si articola, essenzialmente, attraverso i seguenti passaggi:

- l'anzidetta direttiva comunitaria è immediatamente applicabile in Italia a decorrere dal 25.12.2010;
- le norme incriminatrici di cui all'art. 14 commi 5- *ter* e 5-*quater* l.n. 286/1998 sono incompatibili, sotto diversi profili, con la normativa comunitaria perché introducono un trattamento deteriore per lo straniero, sotto il profilo della libertà personale, rispetto a quanto previsto e autorizzato in sede comunitaria;
- l'incompatibilità va immediatamente rilevata anche dall'Autorità Giudiziaria penale, tenuta, in forza dei Trattati e dello stesso art. 11 della Costituzione, ad assicurare la diretta applicazione delle fonti UE dotate di effetto diretto, in uno con la corretta applicazione della normativa interna da interpretare in modo conforme ai principi comunitari;
- la rimarcata incompatibilità comporta la disapplicazione della norma interna, con conseguente esclusione del reato, "perché il fatto non sussiste"
- alle medesime conclusioni deve pervenirsi con riferimento agli ordini di espulsione e alle violazioni accertate prima del 24.12.2010, non essendovi ragioni per non applicare il principio di cui all'art. 2 co. 2 del codice penale.

La questione è più complessa di quanto possa apparire dalla lettura delle argomentazioni poste a fondamento delle pronunzie di merito che esprimono il suddetto orientamento, che –come si dirà- non è

assolutamente condivisibile con riferimento alla fattispecie in esame (ordine emesso e violazione accertata prima del 24.12.2010)

Procedendo con ordine, appare necessario esaminare la direttiva in questione, per inquadrarne la natura e la rilevanza rispetto all'ordinamento interno, per poi valutarne l'incidenza sulla fattispecie incriminatrice per cui è processo.

#### A) CONSIDERAZIONI GENERALI SULLA C.D. DIRETTIVA RIMPATRI

Obiettivo della direttiva 2008/115/CE, recante “norme e procedure comuni applicabili agli Stati membri di rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”, è quello di coordinare le legislazioni dei 27 Stati membri dell'Unione europea in maniera da garantire “un'efficace politica in materia di allontanamento e di rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità” (*considerando* introduttivo n. 2).

Di duplice ordine sono, dunque, gli interessi che la direttiva mira a tutelare. Da un lato, essa intende assicurare effettività ai meccanismi di rimpatrio degli immigrati ‘irregolari’, quale premessa per una efficace gestione dei flussi migratori all'interno dell'Unione. Interesse, quest'ultimo, che ha il proprio fondamento nell'art. 79 del vigente Trattato sul funzionamento

dell'Unione, e che l'Unione considera ormai come proprio vitale interesse dopo l'abbattimento delle frontiere interne tra gli Stati membri conseguente al Trattato di Schengen. Dall'altro lato, la direttiva intende al tempo stesso assicurare che le procedure di rimpatrio avvengano nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, diritti fondamentali che costituiscono principi fondamentali dello stesso diritto dell'Unione. E tra tali diritti fondamentali la direttiva si preoccupa naturalmente di tutelare, in primo luogo, la libertà personale dell'immigrato, stabilendo in maniera vincolante per gli Stati i limiti entro i quali essi potranno privare l'immigrato della libertà personale durante la procedura di rimpatrio.

Così facendo, la direttiva cristallizza un bilanciamento tra: a) il legittimo, e doveroso perseguimento dell'obiettivo di garantire il rimpatrio dell'immigrato irregolare e b) l'altrettanto doverosa tutela del suo diritto fondamentale alla libertà e dignità personale. Tale bilanciamento potrà essere derogato dagli Stati soltanto in senso più favorevole all'immigrato (art. 4 § 3: "La presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa stabilite").

In linea con tali scopi di fondo, la disciplina della direttiva può essere così riassunta:

– salva la sussistenza di ragioni in senso contrario, il rimpatrio volontario dello straniero dovrà essere privilegiato rispetto al rimpatrio coattivo

(*considerando* n. 10), e dovrà essere attuato mediante la notifica all'interessato di una decisione di rimpatrio con cui gli si assegna un termine di regola compreso tra sette e trenta giorni per la partenza volontaria (art. 7), salve le ipotesi eccezionali previste dal § 3 dello stesso art. 7, che contempla in particolare l'ipotesi della sussistenza di un rischio di fuga dello straniero, nelle quali le autorità hanno la possibilità di concedere un termine inferiore o di non concedere alcun termine;

– soltanto laddove l'interessato non sia partito volontariamente nel termine concessogli, ovvero non sia stato concesso sin dall'inizio all'interessato alcun termine per l'esistenza di un rischio di fuga, o ancora sia sorto in pendenza di tale termine uno dei rischi che avrebbero legittimato la sua mancata concessione, lo Stato potrà procedere all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio, eventualmente previa emanazione da parte dell'autorità amministrativa e giudiziaria di un ordine di allontanamento (art. 8);

– in tale ipotesi, laddove non sia possibile eseguire immediatamente l'allontanamento coattivo e non possano “essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive” (come l'obbligo di presentarsi periodicamente all'autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo), potrà essere disposto il trattenimento dello straniero, il quale dovrà avere “durata quanto più breve possibile” e dovrà essere

mantenuto “solo per il tempo necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio” (art. 15);

– l’effettiva necessità del trattenimento rispetto allo scopo di preparare il rimpatrio dovrà essere riesaminata ad intervalli ragionevoli su richiesta dello straniero o d’ufficio, dovendo comunque cessare allorché risulti che “non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1” (art. 15 § 4);

– il trattenimento dovrà avvenire “di norma” negli appositi centri di permanenza temporanei, salvi casi eccezionali, in cui è data facoltà allo Stato di trattenere gli immigrati in attesa di allontanamento in un istituto penitenziario, avendo in tal caso cura di assicurare che siano ivi tenuti separati dai detenuti ordinari (art. 16 § 1);

– il trattenimento potrà avere la durata massima di sei mesi (art. 15 § 5), prorogabili tuttavia sino al termine massimo complessivo di diciotto mesi complessivi “nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l’operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: a) della mancata cooperazione da parte [dello straniero interessato], o b) dei ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi” (art. 15 § 6).

Le norme della direttiva, qui sinteticamente riassunte, dovranno trovare applicazione in tutte le procedure di rimpatrio degli immigrati “irregolari”, restando salva soltanto la facoltà degli Stati di non applicarle in materia di

respingimento alla frontiera (art. 2 § 2 lett. a) nonché quando il rimpatrio sia disposto *sub specie* di “sanzione penale” o come “conseguenza di una sanzione penale”, nonché nell’ambito di procedure di estradizione (art. 2 § 2 lett. b).

B) IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITÀ DELLA DIRETTIVA CON L’ATTUALE DISCIPLINA DELLE ESPULSIONI PREVISTA DAL DIRITTO INTERNO.

Il t.u. imm. si presenta come manifestamente incompatibile con la disciplina della direttiva sotto una pluralità di profili, tra cui conviene qui soltanto evidenziare quelli più macroscopici, segnalati dalla più attenta ed autorevole dottrina:

- il vigente t.u. configura come regola l’accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 14 co. 1 t.u.), mentre la direttiva dispone che la regola debba essere quella dell’emanazione e della successiva notificazione di una decisione di rimpatrio, che conceda di norma allo straniero un termine compreso tra i sette e i trenta giorni per la partenza volontaria;
- nel caso di impossibilità di eseguire l’accompagnamento coattivo, il t.u. prevede che venga *tout court* disposto il trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione (art. 14 co. 1 t.u.), senza che siano previste nemmeno sulla carta misure coercitive meno lesive della libertà personale, secondo l’ottica gradualistica cui è invece informata la direttiva (che, come si è visto, concepisce il ricorso al trattenimento come

ultima *ratio* nell'ipotesi in cui risulti l'inefficacia di ogni altra pensabile misura per neutralizzare il pericolo che lo straniero si sottragga al rimpatrio);

– nell'ipotesi in cui non sia nemmeno possibile procedere al trattenimento, il t.u. prevede che venga notificato allo straniero un ordine di allontanamento emanato dal questore, nel quale si concede allo straniero un termine di cinque giorni per lasciare il territorio nazionale, che a sua volta è inferiore al termine minimo di sette giorni stabilito di norma dalla direttiva per la decisione di rimpatrio (cui funzionalmente corrisponde, nel vigente t.u., il decreto prefettizio di espulsione).

C) LA PROBLEMATICHE DELLA EFFICACIA DELLA DIRETTIVA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA RILEVANZA NEL DIRITTO PENALE INTERNO

Ritenuta, alla luce delle susposte considerazioni, l'incompatibilità tra la disciplina dettata dalla direttiva in esame ed il diritto interno, con riferimento ai profili cennati, l'ulteriore passaggio consiste nell'individuare chi, nell'ordinamento interno, debba rimuovere tale contrasto.

Il primo soggetto obbligato è ovviamente il Legislatore (che, come detto, non vi ha ancora provveduto). Il compito della Corte di Giustizia è quello di interpretare autoritativamente le fonti di diritto UE, non già quello di

rimuovere o neutralizzare le norme interne degli stati membri in contrasto con tali fonti.

E, allora, il problema si riduce a valutare se nell'ordinamento italiano competente a rilevare (eventualmente con l'ausilio di una pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia) il contrasto, e per l'effetto a rimuoverlo, sia soltanto e direttamente il giudice ordinario, ovvero in ultima istanza (su sollecitazione, ovviamente, dello stesso giudice ordinario) la Corte costituzionale.

L'alternativa è semplice: se alla direttiva si riconosce, quanto meno *in parte qua*, idoneità a spiegare *effetti diretti* nell'ordinamento degli Stati membri, allora il compito spetterà unicamente al giudice ordinario, risultando in radice inammissibile una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto un simile oggetto (come ripetutamente affermato dalla Consulta, sin dalla sentenza n. 170/1984). Se, invece, si ritenesse di negare effetto diretto alle norme della direttiva in questione, allora la risoluzione del conflitto tra la norma interna e quella comunitaria dovrebbe essere sottoposta alla Corte costituzionale, sulla base del doppio parametro, rappresentato dagli artt. 11 e 117 co. 1 Cost. (modello recentemente adottato ad esempio dalla sentenza n. 28/2010 della Corte costituzionale).

La soluzione passa, quindi, attraverso la qualificazione della direttiva come avente o meno natura *self executing* (su cui si registrano opzioni interpretative affatto diverse).

Va, anzitutto ricordato che, con l'entrata in vigore (1.12.2009) del Trattato di Lisbona, è prevista la possibilità di emanare direttive e regolamenti (con tutte le conseguenze relative al carattere di tale normativa europea e ai suoi effetti negli Stati membri) in materia di diritto penale e di polizia nei limiti delle competenze stabilite dagli artt. 69 A (82), 69 B (83), 69 C (84), 69 D (85), 69 E (86), 69 F (87), 69 G (88) e 69 H (89) con conseguente estensione al riguardo delle competenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (già della Comunità europea). Tuttavia, ai sensi degli artt. 9 e 10, titolo VII del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie del medesimo Trattato di Lisbona, gli atti adottati anteriormente continueranno ad applicarsi secondo la valenza ad essi attribuita prima all'entrata in vigore del Trattato citato.

Orbene, la direttiva 2008/115/CE è stata adottata anteriormente al citato Trattato di Lisbona, con la conseguenza che, in forza della citata disposizione transitoria, a tale direttiva potrà riconoscersi, in ambito penale, la valenza attribuita a tali atti prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, almeno sino a che le istituzioni comunitarie non si avvarranno delle nuove competenze loro attribuita direttamente in materia penale.

Secondo l'assetto anteriore al Trattato di Lisbona – quale delineato nelle sentenze emanate dalla Grande Sezione della Corte nel 2005: Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, Commissione c. Consiglio, che aveva annullato la decisione quadro del Consiglio UE 27

gennaio 2003 (2003/80/GAI) relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, accogliendo il ricorso della Commissione che aveva rivendicato le competenze comunitarie in materia ambientale, quali enunciate negli artt. 3, n.1 lett. I), 174 e 176 Trattato CE; Corte di Giustizia CE, Grande Sezione 3 maggio 2005 Berlusconi e altri; Corte di Giustizia CE Grande Sezione 16 giugno 2005 Pupino – le istituzioni comunitarie non hanno competenza ad emanare atti dotati di diretta efficacia penale nell'ordinamento dello Stato membro (quali regolamenti o direttive applicative).

Tuttavia, norme comunitarie direttamente efficaci, emanate in materia di competenza comunitaria (come ad esempio la protezione dell'ambiente), in forza del principio di prevalenza del diritto comunitario su quello interno, possono influire sulle norme penali interne quando la fattispecie in esse prevista comprenda elementi normativi di fattispecie inclusi nelle norme incriminatrici statali, cioè elementi per definire i quali è necessario applicare norme stabilite per altre materie (civile, amministrativa, commerciale, ecc...). Quando la norma interna che consente di definire l'elemento normativo di fattispecie non può essere applicata (cd. "inapplicazione" o più impropriamente "disapplicazione" comunitaria) per contrasto con normativa comunitaria direttamente efficace (che, in quanto tale, si deve applicare in sua vece), il precetto penale non può ritenersi integrato, di tal che l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste (ad esempio, l'abrogazione dei dazi intracomunitari impedisce di

integrare il contrabbando di merci importate in ambito comunitario). Occorre peraltro fare attenzione al fatto che la norma extrapenale integratrice non è di per sé illegittima, ma semplicemente non viene in rilievo nell'ambito di competenza comunitaria, residuando la sua applicazione fuori da tale ambito, ciò che distingue l'istituto della cd. "disapplicazione comunitaria" dal diverso istituto della disapplicazione da parte del giudice ordinario dell'atto amministrativo (che implica invece un giudizio di illegittimità dell'atto). Simile distinzione tra i due istituti della "inapplicazione" e della "disapplicazione" non rappresenta una mera sottigliezza teorica, in quanto consente di capire perché la Corte costituzionale abbia potuto riconoscere anche al giudice comune tale potere di "inapplicazione" (o "disapplicazione comunitaria"), proprio in quanto esso non implica un giudizio di illegittimità della legge interna (che la nostra Costituzione riserva alla Corte), ma solo un riconoscimento (interpretativo, tipico del giudice comune) di diversi ambiti applicativi di differenti disposizioni normative (comunitaria e interna).

Questa è l'impostazione adottata dalla nostra Corte costituzionale - all'esito del suo cd. "cammino comunitario" che, in relazione al contrasto tra norme interne e norme comunitarie, l'ha portata ad abbandonare successivamente le vie del criterio cronologico, della illegittimità costituzionale della norma interna per giungere appunto quello della non applicazione della norma interna da parte del giudice comune, con la nota

sentenza emessa nel caso Granital nel 1984 (Corte cost. n. 170/1984), secondo cui:

- l'ordinamento comunitario e quello dello Stato sono separati e autonomi, con la conseguenza che la normativa comunitaria non entra a far parte dell'ordinamento dello Stato, ciascuna norma restando valida ed efficace nel proprio ordinamento secondo le condizioni poste dall'ordinamento stesso (cd. teoria dualistica);

- gli eventuali conflitti tra norme interne e norme comunitarie direttamente efficaci devono essere risolti secondo il criterio della competenza, nel senso che, ove la norma comunitaria abbia effetto diretto e venga riconosciuto l'ambito di competenza comunitaria, la norma interna contrastante non viene abrogata (come avverrebbe in applicazione del criterio cronologico) e neppure dichiarata illegittima (in forza del criterio di gerarchia), ma semplicemente non applicata in forza del criterio di competenza, posto che, con la ratifica ed esecuzione del Trattato, lo Stato ha consentito ex art.11 comma 2 Cost. a quelle limitazioni di sovranità che consentono alla sola norma comunitaria di venire in rilievo, ritirandosi in modo corrispondente l'ambito di applicazione della norma interna;

- la norma comunitaria priva di effetti diretti, invece, ove contrasti con il diritto interno, legittimerà solo il giudice comune a sollevare incidente di costituzionalità, il quale dovrà sempre procedervi (denunciando l'ordine di esecuzione del Trattato) ove ritenga che la norma comunitaria violi i

principi fondamentali dell'ordine costituzionale (cd. teoria dei contro-limiti).

La cd. direttiva rimpatri è stata adottata nell'ambito delle competenze comunitarie in punto di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di espulsione, con la conseguenza che essa, ove venissero rispettate le condizioni a ciò necessarie, potrebbe astrattamente avere diretta efficacia solo in tale materia (di rilevanza comunitaria): infatti, posto che l'art. 14 d.lgs. n. 286/1998 sanziona a titolo penale l'inottemperanza a provvedimenti amministrativi adottati nella procedura di espulsione prevista dalla legge italiana, l'eventuale incidenza diretta della normativa comunitaria su tale procedura amministrativa, può riverberarsi sulla norma penale, anche in forza degli assetti anteriori all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Invero, se la direttiva rimpatri avesse diretta efficacia e si ritenesse che le norme di legge interna contrastino con tale direttiva, allora tali norme di legge interna sull'espulsione non dovrebbero essere applicate (disapplicazione comunitaria) dovendosi in loro vece applicare le norme contenute nella direttiva: a questo punto il provvedimento amministrativo potrebbe essere considerato illegittimo per violazione delle norme comunitarie che l'autorità amministrativa (quale organo dello Stato tenuto a rispettare il diritto comunitario) deve applicare in vece di quelle interne, e, conseguentemente, il provvedimento amministrativo di allontanamento potrebbe essere disapplicato (disapplicazione amministrativa) dal giudice

penale per illegittimità conseguente a violazione della legge (comunitaria) da applicarsi in vece di quella statale interna contrastante (“inapplicata”). Nel caso, invece, di esclusione della efficacia diretta, il contrasto –come detto- dovrebbe comunque essere superato, mediante ricorso alla Corte costituzionale

Peraltro, anche nel caso di diretta efficacia della direttiva comunitaria, questa comporterebbe “solo” la disapplicazione dell’atto amministrativo di allontanamento e mai la inapplicazione diretta della norma penale di cui all’art. 14 d. lgs. n.286/98, trattandosi di norma che, in quanto penale, prima del Trattato di Lisbona e in base al citato Protocollo sulle disposizioni transitorie, non rientra direttamente nell’ambito di rilevanza comunitaria.

Deve solo rimarcarsi come la disapplicazione della norma penale non potrebbe neppure giustificarsi ove si ritenesse che la direttiva rimpatri codifichi un principio di proporzione sulle limitazioni massime della libertà personale riguardanti il soggetto che si oppone all’allontanamento, così concretizzando il corrispondente principio dell’art. 49 della cd. Carta di Nizza.

E’ pur vero, infatti, che l’art. 6 comma 1 del Trattato sull’Unione europea prevede ora il riconoscimento de “i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000” (cd. Carta di Nizza), stabilendo che la Carta “ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”. Tuttavia la Corte costituzionale ha già precisato,

con una fondamentale sentenza in materia di mandato di arresto europeo, che neppure la contrarietà con un principio del Trattato possa sempre essere considerata di per sé sufficiente a giustificare la disapplicazione (*rectius*: “inapplicazione”) della norma penale interna configgente. Infatti, si è affermato nella sentenza Corte cost. 12 maggio - 21 giugno 2010 n.196, che “il contrasto della norma [statale interna] con il principio [nella specie di non discriminazione di cui all’art. 12] del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la non applicazione della configgente norma interna da parte del giudice comune”, in quanto “pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti” essendo consentito al legislatore nazionale di derogarvi: in altre parole, la natura “defettibile” che connota i principi non consente la disapplicazione, ritenuta ugualmente preclusa dal fatto che si verta in materia penale, cioè in materia non regolata da norme comunitarie di efficacia diretta prima del Trattato di Lisbona e per la quale, in forza della normativa transitoria, si continuerà ad applicare il regime previgente sino a che l’Unione non interverrà con disposizioni dotate di efficacia diretta penale.

D) RIFLESSI DELLA (RITENUTA) EFFICACIA DIRETTA DELLA DIRETTIVA, NEI LIMITI DI CUI SOPRA

Ciò premesso, si ritiene che la tesi (maggioritaria) della immediata e diretta applicabilità della direttiva 2008/115/CE, possa essere condivisa, rimarcando –alla luce di quanto già esposto- che essa riguarda l’ambito extrapenale della stessa.

Al riguardo pare sufficiente richiamare il consolidato orientamento secondo il quale le Direttive Comunitarie possono ritenersi *self-executing* quando:

- sia scaduto inutilmente il termine di recepimento;
- abbiano un contenuto precettivo chiaro, preciso e non condizionato;
- prevedano effetti giuridici favorevoli per l’individuo nei confronti dello Stato inadempiente.

In tali ipotesi, gli organi dello Stato membro hanno il dovere di applicare, in luogo della norma interna, la norma comunitaria, la quale potrà integrare o sostituire la norma interna.

Se la P.A. non applica la norma comunitaria, i suoi atti sono illegittimi (erronea applicazione di norma vigente) ed il Giudice può disapplicare l’atto amministrativo.

L’esame della Direttiva in questione – dettagliata e specifica nel prevedere presupposti, forme e limiti dell’espulsione – non lascia spazio a dubbi in proposito.

Né vale obiettare che la direttiva 2008/115/CE si rivolga agli Stati e lasci un certo – sia pur limitato - spazio di manovra per i casi derogati (per lo più peraltro compiutamente definiti) poiché essendo caratteristiche comuni

a tutte le direttive, se questi fossero i criteri per individuare quelle auto-applicative, si dovrebbe concludere che non ne esistono.

D'altra parte, anche la recente circolare ministeriale del 17.12.2010 (Dipartimento della pubblica sicurezza prot. 400/B/2010) pur non affermandolo espressamente, ammette implicitamente che si tratti di Direttiva self-executing, dal momento che invita le Prefetture ad adeguarsi alla stessa nell'emettere i provvedimenti di espulsioni con decorrenza dal 24.12.2010.

L'efficacia diretta della direttiva comporta che il provvedimento amministrativo emesso dopo la scadenza del suddetto termine deve essere considerato illegittimo per violazione delle norme comunitarie che l'autorità amministrativa (quale organo dello Stato tenuto a rispettare il diritto comunitario) deve applicare in vece di quelle interne, e, conseguentemente, il provvedimento amministrativo di allontanamento deve essere disapplicato (disapplicazione amministrativa) dal giudice penale per illegittimità conseguente a violazione della legge (comunitaria) da applicarsi in vece di quella statale interna contrastante ("inapplicata"). Con la conseguenza che vendendo meno un elemento (normativo) del fatto di reato deve pervenirsi ad una pronunzia assolutoria *perché il fatto non sussiste*.

E) IL REATO EX ART. 14 CO. 5<sup>TER</sup> PER DECRETI DI ESPULSIONE E RELATIVE  
INOSSERVANZE, ANTERIORI AL 24.12.2010

Alle suddette conclusioni *assolutorie* non può certamente pervenirsi con riferimento al caso in esame, in cui il decreto di espulsione è stato emesso prima del 24.12.2010 e la violazione è stata consumata ed accertata anch'essa prima del predetto termine.

Si tratta, all'evidenza di un provvedimento emesso legittimamente, che è stato violato prima che divenisse efficace la norma comunitaria che lo avrebbe reso illegittimo.

La questione va affrontata e risolta con riferimento ai principi dettati dall'art. 2 c.p. in merito alla successione di norme extrapenali che disciplinano l'emissione del provvedimento amministrativo di espulsione.

Secondo il prevalente indirizzo della Suprema Corte, che questo Collegio ritiene di condividere, "l'istituto della successione delle leggi penali (art. 2 c.p.) riguarda la successione nel tempo delle norme incriminatrici, ovvero di quelle norme che definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato. Nell'ambito di operatività dell'istituto in esame non rientrano, invece, le vicende successive di norme extra-penali *che non integrano la fattispecie incriminatrice nè quelle di atti o fatti amministrativi che, pur influenzando sulla punibilità o meno di determinate condotte, non implicano*

*una modifica della disposizione sanzionatoria penale, che resta, pertanto, immutata e quindi in vigore. Ne consegue che la successione di norme extra-penali determina esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento e che, in tale ipotesi, non viene meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso”.* (Così: Cass. sez. III, 19.3.1999 n. 5457. Fattispecie relativa ad esercizio di attività venatoria vietata da una l.reg. al momento della commissione del fatto, e successivamente consentita in virtù di abrogazione della medesima legge. Cfr., tra le altre, Cass. sez. V, 25.2.1997 n. 4114).

Di tale principio la Suprema Corte ha fatto recente applicazione –in materia di reati di sfruttamento dell’immigrazione extracomunitaria– respingendo, tra le altre, la tesi secondo cui, essendo ormai prevista la libera circolazione nell’ambito dei paesi della Comunità Europea dei cittadini polacchi, a fare data dal 2004, sarebbe cessata, da tale data, successiva alla commissione del reato, la anti giuridicità della condotta di favoreggiamento dell’ingresso illegale di cittadini polacchi nel territorio italiano a fini di lucro, a norma dell’art. 2 del c.p.

La Corte ha affermato trattarsi di vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di

adesione del nuovo paese all'U.E., limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso (Cass. sez. I, 11.1.2007 n. 1815; cfr. anche Cass. sez. VI, 16.12.2004 n. 9233, Buglione, con riguardo all'analogo caso della Lettonia, la cui partecipazione all'UE è stata ratificata con L. 24 dicembre 2004, n. 9233).

La stessa Corte, nella medesima sentenza, ha escluso altresì che ricorresse una ipotesi di *abolito criminis*, fosse pure parziale, come tale rilevante ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 4, in relazione a fatti, commessi prima dell'ingresso della Polonia nella U.E., che non siano riconducibili alla fattispecie criminosa di cui si tratta, *“poichè la fattispecie non ha subito modificazioni in conseguenza di una successione di leggi penali che non vi è stata”* (Cass. sez. I, n. 1815/2007; cfr. anche Cass. Sez. Un. n. 25887 del 2003, *Giordano*, con argomentazioni risolutive, anche con riferimento al caso del presente processo).

Alle medesime conclusioni la Corte è pervenuta con riferimento al d.lg. 10 agosto 2007, n. 154, che ha modificato alcuni articoli della l. n. 286/98 in attuazione della direttiva 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, ritenendo non sostenibile che la punibilità per la violazione dell'ordine di lasciare lo Stato a suo tempo legittimamente dato dal questore al cittadino di un Paese terzo possa

diventare non punibile perché successivamente la legge sopravvenuta ne avrebbe potuto legittimare la sua permanenza nel territorio dello Stato.

La fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98 –infatti- è rimasta immutata e la modificazione intervenuta nella disciplina dei permessi può incidere sulla condizione dello straniero, consentendogli di ottenere un permesso che prima gli era precluso, ma non può far venir meno la punibilità di un fatto già commesso (cfr. Cass. Sez. un. 27.9.2007 n. 2451).

Diversa, invece, dovrebbe essere la conclusione se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 d.lg. n. 286/98. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p. (Sez. un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano).

Tale indirizzo ha trovato una ulteriore conferma nella sentenza della Cassazione, a Sezioni Unite, secondo cui

“Le norme che hanno modificato lo status dei rumeni, facendoli diventare cittadini dell'Unione Europea, non possono, come si è detto, considerarsi integratrici della norma penale, né possono operare retroattivamente.

L'adesione di uno Stato all'Unione Europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per adeguare le proprie strutture economiche, sociali e ordinamentali ai parametri stabiliti.

E l'adesione a sua volta è produttiva di rilevanti effetti, uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione. Perciò non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, comma 2, c.p. La situazione di fatto e di diritto antecedente all'adesione e quella successiva sono diverse e richiedono quindi logicamente trattamenti, anche penali, diversi.

Se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, come è stato giustamente rilevato, 'la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno l'art. 14, comma 5 d.lg. 286 del 1998, confidando poi nella successiva abolitio criminis'.

In conclusione deve escludersi che l'adesione della Romania all'Unione Europea abbia determinato l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98, commesso dai cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007, giorno di entrata in vigore del trattato di adesione” (Cass. SS.UU. 27.9.2007 n. 2451)

I suddetti principi valgono nel caso in esame, atteso che la mutata disciplina amministrativa dei rimpatri non ha in alcun modo modificato la disposizione incriminatrice.

Inoltre, anche con riferimento al reato in esame si verificherebbe la situazione paradossale prospettata nella suddetta sentenza delle Sezioni Unite e, anche in questo caso, stante il rilevante lasso di tempo tra l'emanazione della direttiva 2008 e l'efficacia diretta della stessa (2010) ci sarebbe stata, *medio tempore*, quella sorta di "induzione" a trasgredire senza timore alcuno i suddetti provvedimenti di espulsione da parte dei destinatari, confidando poi nella successiva *abolitio criminis*. *Abolitio criminis* che, seguendo la tesi che qui si contrasta, si sarebbe comunque verificata, anche (e in modo ancor più evidente) in caso di tempestivo adeguamento dello Stato italiano alla direttiva.

Altra pronunzia di grande rilevanza, a sostegno della tesi che qui si sostiene, è quella con cui la Suprema Corte ha escluso che un'avvenuta evasione dell'iva all'importazione fosse divenuta non punibile perché "l'entrata in vigore del Mercato unico europeo a far data dal 1° gennaio 1993 ha fatto decadere per il commercio intracomunitario tutta la disciplina relativa alle attività di esportazione e importazione".

La Corte ha infatti respinto la tesi con l'affermazione che "*l'abolizione delle barriere doganali ... non ha fatto venir meno la punibilità delle condotte di contrabbando commesse anteriormente, permanendo*

*comunque il debito derivante dall'obbligazione tributaria già evasa”*(Cass. 11.5.2006 n. 21197).

Insomma, se, nonostante la modificazione normativa, l'imposta, per il passato, continuava ad essere dovuta non poteva non costituire reato la sua evasione. Il cambiamento avvenuto nella normativa extrapenale, modificando il contesto giuridico, ha determinato una diversità del fatto e non della fattispecie: da quando non è più dovuta l'imposta non è più configurabile il reato, ferma però rimanendone la configurabilità fino al momento in cui, invece l'imposta era dovuta.

Nella stessa linea si inserisce l'altra relevantissima pronuncia delle Sezioni Unite, che in materia di reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ha statuito che le modifiche apportate all'art. 1 R.D. n. 267 del 1942 dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore non esercitano influenza ai sensi dell'art. 2 cod. pen. sui procedimenti penali in corso (Cassazione penale, sez. un., 28/02/2008, n. 19601)

Nella sentenza si afferma il rilevante principio che “l'atto giuridico richiamato in una fattispecie penale conta per gli effetti giuridici che esso produce e non per i fatti con esso definiti, sicchè, se muta, per *jus superveniens*, la definizione legale dei presupposti (che possono a loro volta consistere in dati di fatto o anche in atti giuridici) perchè un certo atto

giuridico possa essere legittimamente adottato, non può dirsi che le norme sopravvenute, che quei presupposti mutino, incidano sulla struttura del reato”.

Nella motivazione si legge che “quando un atto giuridico è assunto quale dato della fattispecie penale (non importa se come elemento costitutivo del reato o come condizione di punibilità), esso è sindacabile dal giudice penale nei soli limiti e con gli specifici mezzi previsti dalla legge”.

“Se si tratta di un provvedimento amministrativo, esso può essere incidentalmente sindacato dal giudice penale, in quanto illegittimo, come quando è la sua inosservanza a costituire reato, come si è più volte affermato in giurisprudenza ad esempio con riferimento alla fattispecie dell'art. 650 c.p., in tema di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene, o a quella del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-ter, in tema di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, esclusa ogni rivalutazione dei presupposti di fatto assunti a base del provvedimento (v., in tal senso, proprio a proposito dell'art. 650 c.p., Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 24 giugno 1992, Beltrami; Id., 1 giugno 1990, Beltramo; Cass., sez. 3<sup>^</sup>, 2 febbraio 1967, Capra; nonché, a proposito del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-ter, fra le tante, Cass., sez. 1<sup>^</sup>, 28 marzo 2006, Hado), i quali, beninteso, devono essere correttamente

individuati nel provvedimento amministrativo (v. Cass., sez. 1<sup>^</sup>, 22 giugno 2004, Conti).

Il principio da ultimo enunciato è pacifico, con riferimento al reato in esame: il giudice è tenuto a verificare previamente la legalità formale e sostanziale del provvedimento presupposto che si assume violato sotto i tre profili tradizionali della violazione di legge, dell'eccesso di potere e dell'incompetenza, con la conseguenza che, ove venga rilevato il difetto del presupposto della legittimità sotto uno di tali profili, l'inosservanza del provvedimento amministrativo non integra il reato contestato. (Cassazione penale, sez. I, 28/03/2006, n. 13314).

Ma, come detto, il provvedimento richiamato nel capo d'imputazione risponde al modello legale vigente al momento della sua emanazione e non è passibile di censure né sotto il profilo della violazione di legge, né dell'eccesso di potere o dell'incompetenza.

E' da aggiungere che la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola (art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p.), anche se può subire deroghe (Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393), per le norme diverse da quelle penali costituisce un'eccezione (art. 11 disposizioni sulla legge in generale), sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni

definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama. Ad esempio nell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. 286/98, come è già stato rilevato, le parole "lo straniero" ben potrebbero essere sostituite con le parole "il cittadino di Stato non appartenente all'Unione Europea e l'apolide" (secondo l'indicazione dell'art. 1 d.lg. n. 286/98), e si verificherebbe certamente una successione di leggi penali se questa definizione cambiasse, escludendo l'apolide o il cittadino di Stati di cui è previsto l'ingresso nell'Unione.

Per converso, l'applicazione dell'art. 2 c.p. rispetto a leggi extrapenali non integratrici del precetto penale e prive di retroattività sarebbe ingiustificata e potrebbe dar luogo a uno sfasamento tra la disciplina extrapenale e quella penale, se per la seconda dovesse valere la regola della retroattività, esclusa invece per la prima.

Nel caso in esame, lo si ribadisce, il fatto che, secondo la nuova disciplina, dal 25.12.2010, sono venute a cambiare le *regole* dei rimpatri, per le ragioni ampiamente spiegate, non potrà che riguardare i provvedimenti di espulsione successivi (e, in ipotesi, l'efficacia successiva dei provvedimenti precedentemente emessi) e non integra alcuna delle ipotesi disciplinate, rispettivamente, dai commi 2° e 4° dell'art. 2 c.p..

## F) CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Si è precedentemente spiegato che la direttiva in questione non può essere dotata di diretta efficacia penale nell'ordinamento dello Stato membro. Ciò non esclude che, in tal materia, essa rappresenta comunque un atto normativo comunitario dotato di efficacia indiretta che, in caso di contrasto della normativa interna, determina altri obblighi per il giudice. Oltre all'obbligo di tentare l'interpretazione conforme, ci sono, come detto, quelli:

- di sollevare pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di Giustizia (rimessione obbligatoria per il giudice di ultima istanza in caso di atto non chiaro ovvero in assenza di precedenti pronunciamenti della medesima Corte di Giustizia, avente il monopolio interpretativo sulle norme comunitarie);

- di sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost. quale integrato dalla direttiva (eventualmente quale interpretata dalla Corte di Giustizia).

E' stato da più parti sostenuto che la direttiva rimpatri contrasta in modo diretto con le specifiche previsioni penali contenute nell'art. 14 d.lgs. n.286/98. Se ciò fosse vero, a prescindere dalle considerazioni svolte con riferimento alla ben distinta problematica dell'applicabilità dell'art. 2 c.p.,

questa Corte, in caso di ravvisata rilevanza, dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale nei sensi di cui sopra.

Tale evenienza va esclusa per due ordini di ragioni

Anzitutto è da escludersi il lamentato contrasto.

Infatti il meccanismo presupposto dall'incriminazione ex art. 14 cit., è un meccanismo fondato proprio sulla partenza volontaria, come espressamente stabilito dalla direttiva e lo spazio lasciato allo Stato (in forza dell'art. 8 della direttiva comunitaria) per l'adozione di tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio dopo l'omesso allontanamento volontario, deve ritenersi in ogni caso tale da legittimare la previsione di un delitto come l'art. 14 cit. che, attraverso la minaccia di sanzioni penali per il soggetto inottemperante, favorisce indubbiamente tale allontanamento volontario. D'altro canto la previsione di simili misure dimostra, altresì, come lo stesso legislatore comunitario distingue nettamente le privazioni della libertà personale finalizzate all'espulsione coatta dalle privazioni della libertà personale stabilite come punizione per inottemperanza all'allontanamento volontario (fatte salve, appunto, dall'art. 8 della direttiva), con conseguente impossibilità di utilizzare ai fini della concretizzazione del principio fondamentale di proporzionalità della pena (ritenuto ripetutamente non violato dalla nostra Corte costituzionale nei precedenti scrutini di costituzionalità), la durata della restrizione della libertà per l'esecuzione coattiva dell'espulsione (già stabilita, dalla legge

interna, in un periodo di tempo nettamente inferiore a quello massimo previsto dalla direttiva).

E ciò è tanto vero che la direttiva addirittura esclude dal proprio ambito applicativo la disciplina dell'espulsione quale sanzione penale.

A ciò va aggiunto che il contenuto espresso della direttiva e la sua intitolazione –come detto- mostrano senza ombra di dubbio che ciò di cui si occupa è la disciplina delle “procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare” (art. 1 della direttiva), per questo aspetto regolando anche il delicato istituto che ha trovato ampia e differenziata applicazione negli ordinamenti degli stati membri: cioè il trattenimento.

Istituto che nulla ha a che fare con le sanzioni penali previste dagli ordinamenti statuali per condotte connesse alla clandestinità, senza che neppure si possa legittimamente dire che la sanzione penale dettata per punire comportamenti tenuti nell'ambito di una procedura di espulsione sarebbe in realtà un trattenimento mascherato, in quanto funzionale a realizzare l'espulsione.

Infatti, non è sostenibile che la pena detentiva irrogata allo straniero inottemperante all'ordine di espulsione sia finalizzata a garantirne l'espulsione; anzi è vero il contrario.

Lo straniero clandestino detenuto in esecuzione di una pena non può essere espulso.

Inoltre, la detenzione è disposta per la una sua specifica condotta, cui lo Stato attribuisce rilievo penale, ma soprattutto quella sanzione ha un contenuto e una finalità del tutto e radicalmente diverse dal trattenimento.

La riprova del fatto che non sia corretto comparare la detenzione disposta per sanzionare un delitto (di inottemperanza all'allontanamento volontario) alle restrizioni della libertà personale finalizzate all'espulsione coatta (al fine di evidenziarne la pretesa incompatibilità) si ricava da una pronuncia della stessa Corte di giustizia della CE resa proprio in relazione alla stessa Direttiva rimpatri.

Si tratta della sentenza della Corte (Grande Sezione) del 30 novembre 2009 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Administrativen sad Sofia-grad — Bulgaria) — Said Shalimovich Kadzoev (Huchbarov) (Causa C-357/09 PPU) che ha affermato che “il periodo durante il quale una persona è stata collocata in un Centro di permanenza temporanea in forza di una decisione adottata a norma delle disposizioni nazionali e comunitarie relative ai richiedenti asilo non deve essere considerato un trattenimento ai fini dell'allontanamento ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2008/115”.

In sostanza, persino rispetto ad un trattenimento disposto nell'ambito di una procedura di asilo, diversa dalla procedura di trattenimento finalizzato all'espulsione, la Corte ha ritenuto che quel periodo di limitazione della libertà non può essere equiparato al trattenimento ai fini dell'allontanamento disciplinato dall'art. 15 della direttiva.

Si vede come tanto più una detenzione disposta per sanzionare una condotta che lo Stato ritiene integri un reato non possa essere equiparata al trattenimento a fini di allontanamento (cfr. Trib. Verona, 18.1.2011).

In ogni caso, difetterebbe la rilevanza della questione di costituzionalità.

Se infatti il contrasto fosse ravvisabile nei termini di durata massima della restrizione della libertà (che la direttiva, come detto, indica in un anno e sei mesi) il fatto che nel caso in esame sia stata inflitta una sanzione inferiore a tale limite non consentirebbe –in ipotesi- di sollevare la eccezione, siccome non rilevante.

**INSUSSISTENZA, IN CONCRETO, DEL FATTO DI REATO DI CUI ALL'ART. 14**

**CO. 5 QUATER L.N. 286/1998**

Esclusa, per le esposte ragioni, la abrogazione della fattispecie contestata all'imputato, va esaminato il merito dell'appello.

L'appellante sostiene, essenzialmente, l'insussistenza del reato contestagli in quanto la condotta contraria all'ordine di espulsione non era stata posta in essere "senza giustificato motivo". Essa, al contrario, era giustificata dall'assenza di documenti validi per l'espatrio.

L'assunto è fondato giuridicamente e provato in fatto.

Sotto il primo profilo si rileva che la mancanza di un documento di tal genere è ostativo all'immediato allontanamento dal territorio dello Stato. Né è pertinente il richiamo ad alcune pronunzie con cui la Suprema Corte ha escluso, con riferimento a specifiche situazioni concrete, che integrasse il "giustificato motivo" la mancanza di un documento valido per l'espatrio. Ma ciò sull'assunto che le giustificazioni addotte fossero inverosimili e non provate (cfr. , tra le altre, [Cassazione penale, sez. I, 18/02/2010, n. 9754](#), relativa al caso di straniero arrestato a distanza di oltre un anno dalla notifica dell'ordine di allontanamento, che si era limitato a sostenere di aver smarrito il passaporto, senza dimostrare e neanche asserire di essersi attivato per ottenere un documento sostitutivo)

In fatto risulta ed è comunque incontroverso:

- che l'imputato entrò in Italia, minorenne, senza documenti;
- che, successivamente, si fece inviare dal Marocco il certificato di nascita;
- che, pur essendosi attivato nell'immediatezza per farsi rilasciare dalle autorità consolari un documento di viaggio, non ottenne in tempi brevi alcun documento di identità valido per l'espatrio (anche perché il provvedimento di cui all'imputazione recava una data di nascita diversa da quella risultante nel relativo certificato).

Lo stesso ordine di allontanamento dà atto che il decreto di espulsione non poteva essere immediatamente eseguito, “*per mancanza di documento valido per l’espatrio*”.

Se a ciò si aggiunge che dal momento della notifica del decreto di allontanamento a quello dell’accertamento della violazione e dell’arresto erano trascorsi pochissimi giorni (quattro dalla scadenza del termine) si deve ritenere ragionevolmente integrata la sussistenza del giustificato motivo che scrimina l’inosservanza dell’ordine. In ogni caso, la sussistenza di un ragionevole dubbio sull’esistenza dell’anzidetta causa di giustificazione (*recte*: elemento negativo della fattispecie) dovrebbe comunque risolversi in favore dell’imputato.

Escluso il suddetto delitto, trova applicazione la norma incriminatrice di cui all’ 10 bis T.U. Imm. (invocata, sia pure in via subordinata, dall’appellante) che, con quella contestata, si pone in concorso apparente di norme, specificamente regolato dal principio di sussidiarietà (la norma in questione si applica “salvo che il fatto costituisca più grave reato”).

Nel caso in esame, invero, non può esservi dubbio che il trattenimento illegale nel territorio dello Stato, risalente nel tempo, non possa essere giustificato dall’assenza di documenti.

Quanto alla pena da infliggere, escluse le attenuanti generiche (in considerazione dei precedenti penali) e valutati i parametri di cui all'art. 133 c.p., equa appare la pena di €. 5.000 di ammenda.

Alla luce delle suesposte considerazioni la sentenza appellata va integralmente riformata e l'imputato va dichiarato responsabile del più lieve reato di cui al ricordato art. 10 bis e condannato alla suddetta pena, nonché al pagamento delle spese processuali (solo) del primo grado, stante l'accoglimento dell'appello.

La natura e l'entità della condanna determinano la caducazione della misura cautelare in atto, con conseguente ordine d'immediata liberazione dell'imputato, se non detenuto per altra causa; e fanno venir meno le statuizioni relative alla revoca della sospensione condizionale relativa a precedenti condanne

**PQM**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA

Visti gli artt. 605 e 521 c.p.p.

In riforma della sentenza impugnata,  
dichiara XY colpevole del reato di cui all'art. 10 bis co. 4 l.n. 286/1998 e lo  
condanna alla pena di €. 5.000 di ammenda e al pagamento delle spese  
processuali di primo grado. Ordina l'immediata liberazione dell'imputato,  
se non ristretto per altra causa

Ancona, il 31 gennaio 2011

Il Presidente est.

Dott. Giuseppe Luigi Fanuli