

N 10587/10 RG Trib

*tribunale di Milano*

*sezione direttissime*

*in nome del popolo italiano*

Il tribunale, in composizione monocratica

ha pronunciato la presente

*sentenza*

nel procedimento in epigrafe indicato nei confronti di

Sanchez Gomez Carlos Antonio, nato in Peru' il 26.11.1977, libero, assente

senza fissa dimora, notifiche ex art 161,I e IV c.p.p. presso il difensore

difeso di ufficio dall'avv. Ferdinando Mambella, con studio in Milano, via Santa Tecla n. 3,  
presente

in ordine alla seguente

### *imputazione*

reato di cui all'art. 14,V ter D. L.vo 286/98, per essersi intrattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di Milano del 28.10.2009 e notificato in pari data.

Accertato in Milano il 11.9.2010

### *svolgimento del processo*

Sanchez Gomez Carlos Antonio e' stato arrestato l'11.9.2010 da personale della polizia locale di Milano a seguito di un controllo, nel corso del quale essendo privo di documenti e' stato identificato mediante comparazione dattiloscopica. da questa e' emerso che la stessa persona e' stata destinataria di decreto di espulsione del prefetto di Milano e dell'ordine di allontanamento del questore di Milano emessi il 28.10.2009, notificati al cittadino di paese terzo in pari data.

All'udienza di convalida dell'arresto l'imputato ha dichiarato di essere a conoscenza dell'obbligo di allontanamento e ha detto di non avere ottemperato per potere mantenere i propri genitori, malati, che vivono in Peru'.

Convalidato l'arresto obbligatorio, liberato l'imputato nei cui confronti il pubblico ministero non ha chiesto la applicazione di alcuna misura cautelare, il processo e' stato rinviato su richiesta della difesa, al 4 ottobre.

Il difensore munito di procura speciale ha chiesto la definizione del processo con rito abbreviato, e ha prodotto un certificato del pronto soccorso del 19.4.2010, senza opposizione del pubblico ministero.

Ammesso il rito, il processo e' stato rinviato per la discussione al 19 gennaio 2011.

Il pubblico ministero ha chiesto la condanna dell'imputato per il reato ascrittogli, con circostanze attenuanti generiche, con la diminuzione per il rito, alla pena finale di cinque mesi e dieci giorni di reclusione, e ha prodotto il proprio fascicolo.

La difesa ha chiesto la assoluzione dell'imputato perché il fatto non costituisce reato, prevalendo la tutela del diritto alla salute, diritto fondamentale della persona, sull'obbligo di ottemperare all'obbligo di allontanamento, nonché per la applicazione al caso di specie della direttiva europea 2008/115/CE del 16.12.2008.

### *motivi della decisione*

Il prefetto di Milano il 28.10.2009 ha emesso decreto di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica nei confronti dell'attuale imputato, entrato nel territorio nazionale senza essere respinto e sottraendosi ai controlli di frontiera, privo di documenti.

L'espulsione prevede il divieto di rientrare nel territorio italiano per dieci anni.

In pari data il questore di Milano ha emesso nei confronti di Sanchez ordine di allontanamento, rilevando che il decreto di espulsione non poteva essere eseguito immediatamente con accompagnamento alla frontiera tra l'altro per la necessità di identificare compiutamente il cittadino di paese terzo, privo di documenti, e di acquisire un documento valido per l'esecuzione dell'espulsione, e osservando altresì che non era possibile il trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione per indisponibilità di posti.

Sia il decreto del prefetto che l'ordine di allontanamento del questore sono stati notificati a Sanchez, che ha firmato i relativi verbali, lo stesso 28.10.2009, anche nella traduzione in spagnolo, lingua madre dell'imputato.

I provvedimenti amministrativi presupposto del reato contestato all'imputato sono dunque compiutamente motivati con riferimento ai presupposti per l'espulsione amministrativa di cui agli artt. 13 e 14 D. L.vo 286/98, quindi legittimi.

L'imputato inoltre nel corso dell'udienza di convalida ha ammesso di avere avuto consapevolezza dell'obbligo di allontanarsi, e ha portato a propria giustificazione il generico stato di indigenza familiare che non integra la causa di giustificazione dello stato di necessità.

Nemmeno la certificazione medica prodotta costituisce giustificato motivo all'inottemperanza all'ordine di allontanamento, in quanto la patologia diagnosticata (rinite allergica in pollinosi), i sintomi manifestati (dispnea: stress respiratorio lieve) e la data dell'accertamento sanitario (19.4.2010) documentano una patologia lieve, non difficilmente curabile, che non costituisce serio ostacolo all'allontanamento, e non attuale rispetto al momento dell'arresto.

In base al disposto dell'art. 14, V ter D. L.vo 286/98 l'imputato dovrebbe dunque essere dichiarato penalmente responsabile del reato ascrittogli.

La sua condanna però attualmente non è coerente con l'innovazione determinatasi nell'ordinamento nazionale per effetto della **Direttiva emanata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea il 16.12.2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare** (cosiddetta direttiva rimpatri), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 24.12.2008, in vigore dal 13.1.2009.

**Al 24 dicembre 2010, data di scadenza del termine entro il quale gli stati membri della CE avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti nazionali alla direttiva, lo Stato Italiano non aveva provveduto, né ha provveduto in seguito, fino alla data odierna.**

La direttiva, secondo quanto indicato nei *considerando*, mira ad armonizzare le procedure amministrative di rimpatrio degli immigrati irregolari al fine di bilanciare da un lato l'effettività dei rimpatri delle persone irregolarmente presenti sul territorio e dall'altro la tutela di garanzie minime dei diritti fondamentali e in particolare della libertà personale dei destinatari dei provvedimenti di rimpatrio, e della loro dignità, al fine di realizzare una procedura equa e trasparente.

La direttiva esplicita al considerando (20) che "poichè l'obiettivo della presente direttiva, ossia stabilire norme comuni in materia di rimpatrio, allontanamento, uso di misure coercitive, trattenimento e divieti di ingresso, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle sue dimensioni e dei suoi effetti, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo." (cfr. art 5 TCE e in particolare il comma terzo).

**La Comunità è competente a emanare una direttiva in tale materia.**

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il primo dicembre 2009 è stato superato il principio secondo cui non esiste una competenza comunitaria generale in materia penale.

In forza del Trattato di Lisbona è possibile per la Comunità emanare direttive e regolamenti in materia di diritto penale e di polizia nei limiti delle specifiche competenze della Comunità, anche se tale possibilità è stata procrastinata (quantomeno per i suoi effetti in peius sulle persone) di cinque anni rispetto all'entrata in vigore del Trattato, dunque fino al 1.12.2014, in forza di norme transitorie.

**Caduto il sistema a pilastri introdotta dal Trattato di Maastricht, la Comunità acquisisce una competenza generale nel settore dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, nel cui ambito si iscrive la presente direttiva che lo riguarda sotto il profilo amministrativo.**

**La direttiva, approvata dal Parlamento europeo, stabilisce che i procedimenti di espulsione debbano seguire una modalita' a coercizione progressiva nei limiti di quanto strettamente necessario per assicurare la effettivita' della espulsione.**

In particolare, per quel che qui direttamente rileva:

- la direttiva prevede che modalita' ordinaria di allontanamento dello straniero irregolare sul territorio nazionale sia il rimpatrio volontario, realizzato mediante la notifica all'interessato di una decisione di rimpatrio con assegnazione di un termine, compreso tra sette e trenta giorni, entro il quale il cittadino di paese terzo e' tenuto ad ottemperare (art. 7,I).

- la procedura deve essere adottata caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare.

- limitazioni alla liberta' personale dell'espulso in attesa della esecuzione dell'espulsione sono ammesse solo nel caso in cui sussista pericolo di fuga, o quando lo straniero evita o ostacola la preparazione del rimpatrio

-le limitazioni alla liberta' personale devono essere mantenute nel limite del necessario, e il trattenimento dello straniero e' possibile solo se non possano essere efficacemente adottate "altre misure", da prevedere in relazione alla concreta situazione di ogni singolo straniero, quali l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorita', la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo (art 7,III, art. 8 e art. 15)

- solo in tali casi, o dopo la scadenza del termine, e' consentita la esecuzione coattiva dell'espulsione amministrativa

**La direttiva europea prevede quindi condizioni minime in presenza delle quali gli Stati membri possono privare della liberta' personale lo straniero sottoposto alla procedura amministrativa di rimpatrio e i singoli Stati membri possono derogare a tali prescrizioni solo in senso piu' favorevole per lo straniero (art 4 della direttiva).**

**Sin dall'art. 1 la direttiva afferma che le procedure per il rimpatrio devono essere adottate "nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale"**

Occorre osservare che in forza dell'**art. 6 del nuovo testo del Trattato sull'Unione Europea**, conseguente alle modifiche del Trattato di Lisbona, non solo viene stabilita la adesione della UE al sistema convenzionale di protezione dei diritti umani della CEDU, il cui processo di adesione formale e' iniziato seppure non concluso, ma viene sancito che "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liberta' fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali." (art. 6,III TUE).

Inoltre "L'Unione riconosce i diritti, le liberta' e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati." (art. 6,I TUE).

L'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la cosiddetta Carta di Nizza, afferma che "le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati."

L'art. 52,III della Carta di Nizza afferma che "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà Fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa."

La portata di tali diritti è determinata dalla interpretazione data dalla Corte CEDU e dalla Corte di Giustizia UE.

Ma in senso ancora più rilevante per la presente decisione, **l'art. 52 della Carta di Nizza al comma I stabilisce che "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà'. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui."**

**Pertanto la cosiddetta intervenuta comunitarizzazione dei principi CEDU (entrata in vigore in Italia a seguito della legge di ratifica 4.8.1955 n. 848), con la conseguente posizione rafforzata assunta dalle norme CEDU rispetto alla legge ordinaria (cfr anche, per il meccanismo di verifica della compatibilità delle norme nazionali con le norme CEDU, le sentenze Corte Cost italiana n. 348 e n. 349 del 2007), e soprattutto il riconoscimento dei diritti fondamentali di cui alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, la cosiddetta Carta di Nizza, che hanno assunto uguale valore giuridico rispetto alle norme dei trattati, alle luce dei quali la direttiva è stata adottata, comporta l'obbligo per il giudice nazionale di rispettare la direttiva anche in quanto tutela minima prevista dal diritto comunitario in materia di libertà personale nelle procedure di espulsione, bilanciata con il contrapposto interesse degli Stati alla effettività delle espulsioni.**

**Le norme del D. L.vo 286/98 che disciplinano il procedimento di espulsione, in particolare agli artt. 13 e 14, sono in radicale e insanabile contrasto con le norme della direttiva, sopra indicate.**

La normativa italiana non indica come ordinario procedimento di espulsione quello della emanazione di una decisione di rimpatrio con fissazione di un termine per la partenza volontaria, fissato tra i sette e in trenta giorni, per l'ottemperanza, determinato sulla base della considerazione del caso concreto, ma prescrive al contrario (art. 13,IV D. L.vo 286/98) che il decreto di espulsione

debba avere immediata esecuzione, coattiva, a mezzo dell'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, salvo casi eccezionali.

Nel caso in cui sia impossibile eseguire immediatamente l'espulsione coattivamente, prescrive il trattenimento dell'espulso; nel caso in cui non sia nemmeno possibile trattenere lo straniero in un centro di identificazione ed espulsione, in via meramente residuale e secondo un ordine invertito rispetto alle prescrizioni della direttiva, la normativa italiana prevede l'emanazione di un ordine di allontanamento.

Inoltre il provvedimento di espulsione adottato in caso di impossibilità di esecuzione forzata non è modulato sulle esigenze del caso concreto (presenza di minori che frequentino la scuola, esigenze di unità familiare, esigenze di salute o lavorative temporanee) e il termine previsto per ottemperare, di soli cinque giorni, non è prorogabile.

**La normativa italiana dunque prevede che di regola, e non in via eccezionale, nel caso in cui non sia possibile eseguire immediatamente l'espulsione a mezzo della forza pubblica, si dispongano limitazioni della libertà personale dell'espulso, anche in assenza di comprovato pericolo di fuga.**

**Ancora: l'unica misura limitativa della libertà personale prevista è il trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione, ossia la più grave delle misure previste dalla direttiva, senza alcuna graduazione in relazione alle necessità specifiche qualora siano sufficienti misure limitative della libertà personale meno gravi.**

Al contrario la direttiva europea prevede forme di privazione della libertà personale assimilabili al trattenimento come ultima ratio, cui ricorrere solo quando, in presenza di ragioni per ritenere che il cittadino di paese terzi non ottempererà volontariamente alla decisione di rimpatrio, altre misure meno afflittive siano inadeguate ad assicurare il rimpatrio.

All'art. 8,IV la direttiva infatti afferma che “ove gli Stati membri ricorrano –in ultima istanza- a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure sono proporzionate e non eccedano un uso ragionevole della forza”.

E all'art. 15 a proposito del trattenimento afferma che “salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento”, in presenza di precise condizioni.

**Complessivamente occorre perciò osservare che nel procedimento italiano la tutela della effettività della procedura di espulsione non trova contemperamento nella tutela della libertà personale dell'espulso, nemmeno nei limiti minimi previsti dalla direttiva.**

**Sotto tali profili la diversa disciplina prevista dalla direttiva è immediatamente applicabile, trattandosi di tutela di un diritto fondamentale della persona.**

**Anche a prescindere dal riferimento alla tutela di diritti fondamentali della persona, che la direttiva, per i punti sopra richiamati, sia immediatamente esecutiva, deriva dal fatto che è**

scaduto il termine per il suo recepimento e che per i punti sopra indicati prescrive una disciplina chiara (non ambigua, univoca), precisa (specificata, senza necessità di norme di attuazione o di scelte discrezionali) e incondizionata, con effetti favorevoli per l'individuo nei confronti dello stato nazionale, come indicato dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia.

**Ne' la applicazione della direttiva appare in contrasto con la tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona (cfr. ord. Corte Cost., n. 454/2006, sent. Corte Cost. 170/1984)**

Occorre osservare che le eccezioni alla procedura ordinaria del rimpatrio volontario sono previste dalla direttiva come solo eventualmente adottate dagli Stati nazionali che ne hanno facoltà, potendo i singoli Stati non prevedere deroghe a tale disciplina generale. L'eventualità di deroghe non costituisce pertanto impedimento alla efficacia immediata della direttiva.

**Anche il Ministero dell'Interno italiano, che coordina le prefetture e le questure cui è gerarchicamente sovraordinato, ritiene la direttiva europea qui in questione direttamente applicabile, come dimostra la adozione della Circolare del 17.12.2010 Prot. 400/B/2010.**

Nella circolare si afferma, a conferma della consapevolezza dell'obbligo immediato e diretto al rispetto della direttiva anche da parte della pubblica amministrazione, che le motivazioni dei provvedimenti di espulsione successivi al 24 dicembre 2010 devono essere tali che "emerge con chiarezza la conformità dell'azione di rimpatrio rispetto ai contenuti della normativa comunitaria".

**Quando la direttiva europea è immediatamente applicabile il giudice italiano è tenuto a non applicare la norma interna con essa contrastante, prevalendo la direttiva in forza dell'art. 11 della costituzione.**

**Tale meccanismo si applica sia che la direttiva sia anteriore alla norma statale incompatibile, sia che la direttiva venga emanata successivamente alla norma statale (cfr. sent. Corte Cost. 170/1984 e sent. Corte di Giustizia sent 9 marzo 1978, C-106/77, Simmenthal).**

L'art. 288 TFUE (ex art 249 del Trattato) stabilisce che "La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi."

Gli stati membri hanno quindi l'obbligo derivante dalla direttiva di conseguire il risultato da questa contemplato, con l'obbligo conseguente di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire tale adempimento, per cui il giudice statale nel caso di direttiva immediatamente applicabile deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e delle finalità della direttiva, onde garantire la piena effettività della direttiva stessa e conseguire il risultato perseguito da quest'ultima.

**Le norme del D. L.vo 286/98 che disciplinano il procedimento amministrativo di espulsione, per la loro radicale e insanabile contrarietà rispetto all'assetto normativo stabilito dalla direttiva, non devono perciò essere applicate, e non possono quindi costituire il riferimento**

**normativo su cui valutare la legittimità' del provvedimenti amministrativi di espulsione adottati dalla prefettura e dalla questura.**

**Cio' vale certamente per i provvedimenti amministrativi emessi dopo il 24.12.2010, e cioè' dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva.**

I provvedimenti di espulsione da quella data non possono più' essere adottati negli stessi termini previsti fino al 24.12.2010.

**Ma il medesimo principio vale a giudizio di chi scrive anche per i provvedimenti emessi in precedenza, sulla base della normativa nazionale in vigore al momento della loro emanazione, e tuttora in vigore, a prescindere dal fatto che l'accertamento della violazione sia anteriore o successivo al 24 dicembre 2010.**

**Tali provvedimenti, legittimi al momento della loro emanazione, coerentemente con il principio *tempus regit actum*, devono ritenersi tuttora legittimi secondo l'ordinamento nazionale italiano.**

Tuttavia attualmente non possono essere valutati come provvedimenti amministrativi efficaci, presupposto del reato di mancato ottemperamento all'ordine di allontanamento.

La loro esecuzione da parte della stessa pubblica amministrazione sarebbe in contrasto con la direttiva.

**Chi scrive non ritiene che si tratti di un fenomeno assimilabile alla successione di leggi penali nel tempo, e che la efficacia nel nostro ordinamento nazionale della direttiva europea abbia comportato la abrogazione del reato.**

**Quanto al secondo di questi due aspetti, si osserva che la direttiva trova applicazione nelle procedure amministrative di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti sul territorio dei singoli stato aderenti alla CE, mentre espressamente non ne e' prevista la applicazione diretta, oltreche' in caso di respingimento alla frontiera e nelle procedure di estradizione, quando il rimpatrio sia disposto come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale (art. 2 della direttiva).**

**Ne' la direttiva si esprime sulla punibilita' con sanzione penale dell'inottemperanza al provvedimento amministrativo di espulsione.**

D'altra parte la **Corte Costituzionale nella sentenza 250/2010**, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimita' costituzionale dell'art. 10 bis D. L.vo 286/98, ha affermato che la scelta del legislatore di sanzionare penalmente l'ingresso clandestino nello Stato non puo' considerarsi irragionevole, riguardando il bene giuridico consistente nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori secondo un determinato assetto normativo, quale estrinsecazione essenziale della sovranita' dello Stato in quanto espressione del controllo del territorio.

La Corte ha altresì' precisato che l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta come un bene giuridico strumentale attraverso cui il legislatore attua una protezione in forma avanzata dei beni

giuridici di rilevanza costituzionale suscettibili di compromissione da parte della immigrazione incontrollata: sicurezza, sanità pubblica, ordine pubblico, vincoli di carattere internazionale, scelte di politica nazionale per una gestione sostenibile sotto il profilo sociale ed economico del fenomeno della immigrazione.

“Cio, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale - specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sopraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell’ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro).”

“il controllo giuridico dell’immigrazione...comporta...necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime. Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa...rientra nell’ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo –in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse- la qualità e il livello dell’intervento repressivo in materia.” (cfr. anche sent. Corte Cost. 236/2008).

Sotto il profilo formale di interazione tra la direttiva comunitaria e la norma statale si rileva che, **come indicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 170/84, i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita dal Trattato.**

“Esigenze fondamentali di eguaglianza e certezza giuridica postulano che le norme comunitarie-, non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno-, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità’...” (cfr. sent. 170/1984 e sent. 183/1973 ivi richiamata).

Il coordinamento tra i due ordinamenti, comunitario e statale, discende dall’aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari le competenze che questi esercitano nelle materie loro riservate, in conformità con l’art. 11 della Costituzione italiana.

Ancora più esplicitamente la **Corte Cost. nella sent. 389/1989** ha affermato che “il riconoscimento dell’ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l’immissione diretta nell’ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all’art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati.”.

L'accoglimento del principio per cui i due ordinamenti sono distinti e al tempo stesso coordinati (cfr. Corte Cost 170/1984) "presuppone che la fonte comunitaria appartenga ad altro ordinamento, diverso da quello statale. Le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento."

La norma interna continua dunque a produrre i suoi effetti, ma solo fuori dell'ambito di competenza comunitaria.

La norma posta dall'ordinamento comunitario è immediatamente applicata nel territorio italiano per forza propria, e non entra a far parte del diritto interno.

**"L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti. Del resto la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta...nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario."**

Ancora la Corte Costituzionale nella sentenza 389 del 1989: "nel campo riservato alla loro competenza, le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. Più precisamente, l'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, proprio perché suppone un contrasto di quest'ultimo con una norma prodotta da una fonte esterna avente un suo proprio regime giuridico e abilitata a produrre diritto nell'ordinamento nazionale entro un proprio distinto ambito di competenza, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimamente a svolgersi."

Occorre dunque concludere nel senso che **la efficacia della direttiva nel nostro ordinamento non comporta la abrogazione del reato di cui all'art. 14, V ter D. L.vo 286/98, né in altro modo la sua caducazione.**

Un'altra conseguenza di tali considerazioni è che **la sanzione penale consistente in una privazione della libertà personale, come la pena detentiva della reclusione prevista dall'art. 14 D.L.vo 286/98, conseguente alla mancata ottemperanza al provvedimento amministrativo di espulsione, costituisce un titolo di privazione della libertà personale distinto dal trattenimento e non afferente il procedimento amministrativo.**

La Corte Costituzionale nella sentenza 250/2010 con la quale ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento al reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10

bis D. L.vo 286/98, prendendo espressamente in considerazione l'imminente scadenza del termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva, ha affermato che il contrasto tra norma statale e direttiva "non deriverebbe comunque dall'introduzione del reato oggetto di scrutinio, quanto piuttosto dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalita' normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (in particolare, art. 13, mcomma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998)".

**La previsione di una sanzione penale per inottemperanza all'ordine di allontanamento non appare dunque irragionevole ne' incompatibile con la direttiva europea, che si occupa delle privazione della liberta' personale esclusivamente nell'ambito del procedimento amministrativo e solo in tale ambito si prefigge di conseguire una azione comune da parte degli stati membri.**

**Peraltro l'effetto della direttiva europea e' coerente con quello previsto dall'art. 2 c.p.,** che puo' trovare applicazione rispetto alle norme extrapenali non direttamente integratrici della norma penale ma richiamate dalla stessa, che abbiano esse stesse efficacia retroattiva, e rilevano non solo per la qualificazione di un elemento di fatto del reato, ma per l'assetto giuridico che realizzano **(Cass. pen., SU, sent. 2451 del 27.9.2007, Magera).**

La direttiva non incide su un presupposto di fatto del reato, ma sull'ordine del questore la cui legittimita' e' ordinariamente valutata ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 14, V ter D. L.vo 286/98, e che costituisce quindi un elemento non solo fattuale del reato, o piu' precisamente e' un elemento del fatto in quanto sia un ordine legittimo.

Le modifiche del procedimento di espulsione incidono percio' sull'ordine del questore alla stregua delle modifiche sugli elementi normativi richiamati della fattispecie penale **(cfr. anche Cass. pen., sez VI, sent. n. 18149 del 7.4.2005, in relazione all'art. 323 c.p.).**

Cio' che viene in discussione nel caso di specie e' appunto la coerenza di tutto il procedimento amministrativo di espulsione con la direttiva, con effetti che si protraggono direttamente sulla successiva valutazione del reato, consistente nella violazione di un provvedimento amministrativo che non puo' piu' costituire il presupposto del reato in quanto le ragioni e le modalita' della mancata ottemperanza devono essere rivalutate alla luce della normativa influenzata dalla direttiva.

La mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento del questore non e' tra l'altro un fatto gia' esaurito e concluso al momento del giudizio penale, trattandosi di reato permanente, per il quale ad interrompere la permanenza vale non l'accertamento della violazione, ma la sentenza di primo grado.

Come sopra esposto, anche gli organi della pubblica amministrazione dal 24 dicembre 2010 hanno l'obbligo di adeguarsi alla direttiva.

**L'art. 20 relativo alla attuazione della direttiva stabilisce che "Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva..."**

**La direttiva ancora piu' esplicitamente indica ai paesi membri la necessita' di adeguamento anche con riferimenti ai provvedimenti amministrativi per i quali e' prescritto, dall'art 12, che "le decisioni di rimpatrio...sono adottate in forma scritta, sono motivate in fatto e in diritto..."**.

Mirando le norme di diritto europeo, come le direttive, a raggiungere un *risultato comune*, per cui il giudice deve poter pervenire ad applicare la norma europea, comunque neutralizzando gli effetti di quella interna ad essa contraria, la tutela giurisdizionale accordata ai singoli non puo' dipendere dalla natura del provvedimento interno contrastante con la norma di diritto comunitario avente efficacia diretta.

Non rileva percio' che il provvedimento amministrativo sia stato legittimamente emanato sulla base della normativa allora in vigore (e peraltro tuttora in vigore), e nemmeno che il procedimento amministrativo sia esaurito.

Il consolidamento degli effetti amministrativi interni dell'atto non comporta infatti la sua definitivita' ad ogni altro fine e in particolare ai fini della valutazione del reato del quale il provvedimento amministrativo e' presupposto, la cui efficacia deve essere valutata al momento del giudizio penale.

Ai fini penali infatti il provvedimento amministrativo allora legittimamente emanato continua a esplicare effetti attualmente, dopo la modifica dell'assetto giuridico derivante dalla direttiva.

E' al momento della decisione del processo che il giudice deve valutare la compatibilita' della norma nazionale con quella comunitaria.

Sotto questo profilo puo' affermarsi che la norma extrapenale, nel caso di specie la direttiva europea, ha effetti retroattivi, in quanto manifesta la propria efficacia su provvedimenti emessi prima della applicazione della direttiva nell'ordinamento interno.

**La valutazione del provvedimento di espulsione e dell'ordine di allontanamento, dopo il 24.12.2010, non puo' prescindere dalla considerazione della loro conformita' alla direttiva europea nella motivazione dei presupposti di fatto e delle ragioni in diritto alla base dei provvedimenti.**

La soluzione qui prospettata evita anche inaccettabili disparita' di trattamento in ordine al reato di cui all'art. 14, V ter D. L.vo 287/98 tra coloro che siano stati destinatari di ordini di allontanamento prima e dopo il 24 dicembre 2010, senza che il procedimento penale sia nel frattempo divenuto definitivo.

**Deve dunque procedersi alla non applicazione delle norme di diritto interno che costituiscono la base legale della potestà amministrativa e del provvedimento amministrativo di espulsione, senza le quali il provvedimento amministrativo non può esistere.**

Che si parli di “illegittimità comunitaria indiretta o derivata del provvedimento amministrativo”, di “nullità” o “inesistenza” dello stesso, o ancora di “disapplicazione” ex art. 5 L 2248/1865 all E, sia pure di atto amministrativo legittimo, o ancora, forse più propriamente, di **una autonoma causa di disapplicazione delle norme del D. L.vo 286/98 in forza delle quali sono stati emanati il decreto di espulsione e l'ordine di allontanamento**, la conseguenza è che **i provvedimenti amministrativi del prefetto e del questore, emessi in base alla normativa incompatibile con la direttiva, al momento della presente decisione non possono essere presi in considerazione quale presupposto del reato perché non coerenti con l'assetto normativo previsto dalla direttiva e non motivati con riferimento ai presupposti di fatto e alle ragioni in diritto che legittimano tali provvedimenti.**

**La mancata ottemperanza a tali provvedimenti non integra perciò gli estremi del reato in contestazione.**

**L'imputato deve perciò essere assolto dal reato ascrittogli perché il fatto non sussiste.**

*per questi motivi*

il tribunale

visti gli artt. 530 442 c.p.p.

assolve Sanchez Gomez Carlos Antonio dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

Sessanta giorni per la motivazione

Milano, 19.1.2011

*la giudice*

*dott.ssa Caterina Interlandi*