

N. 269/11 R.G. notizie di reato/Mod.21
n. 108/11 R.G. Trib.

N. _____ Reg. Sent

data:

data irrevocabilità:

V° del P.G. _____

N. _____ Reg. Esec.

N. _____ Campione Pen.

redatta scheda il

rilasciati estratti

**TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
QUINTA SEZIONE PENALE**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Torino – V Sezione Penale, in composizione monocratica, nella persona del magistrato dr.ssa alla udienza del **8.1.2011** ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente

SENTENZA

nella causa penale contro

A.S., nato a il

nato in Egitto il

difeso di UFFICIO dall'avv. GENTILE GIUSEPPE presentea

libero-presente

IMPUTATO

del reato di cui all'art. 14 co.5 quater D.L.vo n. 286/1998 perchè, quale cittadino straniero, destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5 ter, continuava a permanere illegalmente nel territorio dello Stato in violazione del nuovo ordine del Questore della Provincia di TORINO di lasciare il territorio dello Stato, ai sensi del comma 5 bis della citata disposizione normativa, entro cinque giorni dal provvedimento stesso, notificatogli in data 3/12/2010 essendo stata l'espulsione disposta per avere già violato un precedente ordine del Questore di Torino notificatogli in data 10/6/2010 con il quale gli veniva ordinato di lasciare il territorio dello Stato.

Accertato in TORINO il 06/01/2011.

[Con la recidiva Specifica infraquinquennale](#)

CONCLUSIONI:

- P.M. : concesse le att. generiche, condanna alla pena finale di mesi 8 di reclusione.
- Difesa : assoluzione perché il fatto non sussiste

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'imputato veniva presentato dal P.M. all'udienza dell'8.1.2011 per la convalida ed il contestuale giudizio direttissimo in quanto sorpreso sul territorio dello Stato dopo avere ricevuto un provvedimento di espulsione notificatogli il 3.12.2010 di cui al comma 5 quater emesso dal Questore della Provincia di TORINO.

Dopo la convalida dell'arresto, non essendovi stata richiesta di applicazione di misura cautelare, l'imputato è stato liberato ed ha formulato istanza di giudizio abbreviato, all'esito del quale PM e difesa hanno concluso come sopra riferito.

Il 24 dicembre 2010 è scaduto il termine entro il quale gli Stati aderenti alla UE avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti interni alla direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

La direttiva, come chiaramente esposto nel preambolo, mira ad armonizzare le procedure amministrative di rimpatrio degli immigrati irregolari garantendo il bilanciamento tra l'obiettivo di garantire l'effettività dei rimpatri e la doverosa tutela dei diritti fondamentali dei cittadini extracomunitari.

La direttiva 2008/115/CE delimita, innanzitutto, con precisione il proprio ambito di operatività, stabilendo che le proprie disposizioni non si applichino ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare e che non abbiano successivamente un'autorizzazione al soggiorno (art. 2 lett.a); agli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione (art. 2/2 lett.b).

La direttiva 2008/115/CE - che prevede una espressa clausola di salvezza (*"impregiudicata la facoltà degli stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alla persone cui si applica, purchè compatibili con le norme in essa richiamate"*), per le disposizioni più favorevoli - deve, conseguentemente, trovare applicazione, escluse le ipotesi di respingimento alla frontiera, per tutte le altre procedure amministrative di espulsione in senso stretto.

I punti qualificanti della normativa comunitaria possono così essere riassunti:

- la modalità ordinaria di allontanamento dell'irregolare dal territorio nazionale è il rimpatrio volontario (art.7); attuato mediante la notifica all'interessato di una decisione di rimpatrio con cui viene assegnato un termine compreso tra sette e trenta giorni; il periodo per la partenza volontaria può essere omesso o ridotto in caso di pericolo di fuga, in caso di respingimento di una domanda di soggiorno irregolare in quanto manifestamente infondata o fraudolenta e nel caso in cui l'interessato costituisca pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale).
- lo Stato potrà procedere all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio, laddove l'interessato non sia partito volontariamente o non gli sia concesso alcun termine per l'esistenza di un pericolo di fuga (art.8).
- solo allorchè non sia possibile eseguire coattivamente l'allontanamento e non possano neppure essere efficacemente applicate altre misure, potrà essere disposto il trattenimento dello straniero (art. 15).

Come accennato, uno degli obiettivi della Direttiva in esame è porre ben precisi paletti alla limitazione della libertà personale nei confronti del clandestino: il giusto interesse alla effettiva espulsione di stranieri irregolari deve trovare un limite di proporzionalità nel rispetto della libertà personale dello straniero irregolare. Le

limitazioni massime della libertà personale vengono, pertanto, compiutamente disciplinate.

In tale ottica, si comprendono le già citate previsioni degli artt. 7 e 8; nonché la compiuta disciplina della detenzione amministrativa.

Il trattenimento è previsto solo come ultima *ratio* ed esclusivamente nel caso in cui lo straniero ostacoli ed eviti il rimpatrio, e/o vi sia pericolo di fuga (art. 15).

E' anche stabilito che esso abbia durata limitata al tempo strettamente necessario all'espletamento delle modalità di rimpatrio (non può mai durare oltre la "*prospettiva ragionevole di allontanamento*" e deve cessare una volta che si sia verificato che non è materialmente possibile eseguire coattivamente la espulsione); sia riesaminato ad intervalli ragionevoli e possa avere, comunque, durata massima di sei mesi, prorogabili sino al termine complessivo di diciotto mesi nel caso in cui le operazioni di allontanamento necessitino di un periodo più lungo a causa della mancata cooperazione dell'interessato o a causa dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi (termine massimo oltre il quale la prospettiva di effettivo allontanamento non è più "*ragionevole*").

La normativa comunitaria - ormai vincolante anche per il nostro ordinamento - segna, quindi, precisi limiti entro i quali può essere limitata, a qualunque titolo, la libertà personale dello straniero da espellere.

Il contenuto della direttiva è palesemente antitetico rispetto alla disciplina attualmente vigente, presente nel T.U dell'immigrazione 286/98.

Invero, mentre il T.U. prevede come modalità ordinaria di espulsione l'accompagnamento coattivo alla frontiera, la direttiva dispone che la regola sia il rimpatrio volontario con termine compreso tra sette e trenta giorni per lasciare il territorio nazionale;

Inoltre, in caso di impossibilità di eseguire l'accompagnamento coattivo, anche per difficoltà di esecuzione, il T.U. prevede che sia disposto il trattenimento, mentre la Direttiva impone misure coercitive meno lesive della libertà personale e considera le difficoltà solo come presupposto giustificativo della proroga del trattenimento.

Infine, in caso di impossibilità anche del trattenimento, il T.U. prevede che sia notificato un ordine di allontanamento entro cinque giorni, la cui inottemperanza comporta l'integrazione delle fattispecie penali di cui agli artt. 14 comma 5 ter e quater. In altri termini, il T.U. stranieri commina la pena detentiva della reclusione (fino a cinque anni) in conseguenza di una condotta - la mancata partenza volontaria a fronte della notifica di un ordine di allontanamento - che, secondo la Direttiva potrebbe giustificare al più, e solo come estrema *ratio*, la detenzione amministrativa attraverso la misura del trattenimento per un periodo non superiore a diciotto mesi.

La radicale diversità del sistema previsto dall'ordinamento italiano, si sostanzia, da un lato, nella totale inversione dell'ordine di previsione dei provvedimenti da adottare, dall'altro, in una totale carenza delle garanzie alla libertà personale dello straniero stabilite dalla direttiva.

Nello specifico, secondo la direttiva il rigoroso rispetto del principio di proporzionalità (punti n. 13 e n. 16), impone la inammissibilità di una ipotesi di detenzione *sine die* finalizzata a rendere effettivo l'allontanamento dell'irregolare.

Per la normativa europea, come si è già evidenziato, la detenzione è considerata uno strumento giuridico legittimo solo qualora sia collegata ad un comportamento volontario dello straniero; strettamente limitata allo scopo; abbia un termine massimo di 18 mesi.

Secondo la legislazione comunitaria, dunque, la compressione del diritto fondamentale alla libertà personale è possibile, in virtù del principio

sovraindividuale alla regolazione dei flussi migratori, solo a condizione di un ben preciso limite di proporzione tra scopo e mezzi.

Oltre tali limiti, si ha un contrasto tra la normativa e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 49), atteso che un fine - pur ritenuto meritevole di tutela - viene raggiunto a scapito della intollerabile violazione della Libertà Personale.

La legislazione interna italiana prevede, invece, che il procedimento di espulsione culmini con un obbligo di allontanamento sanzionato penalmente con la reclusione. Tale privazione della libertà personale risulta chiaramente sproporzionata in relazione ai canoni appena riassunti. Ciò in quanto la pena comminata dall'art.14 T.U. consiste in una sanzione che va ben oltre i limiti indicati dalla direttiva potendo trovare applicazione (con un titolo solo formalmente diverso) dopo - e dunque oltre - i termini massimi di detenzione amministrativa.

La legislazione italiana prevede anche, mediante il meccanismo della reiterazione degli ordini di allontanamento, la possibilità di una comprensione, in sé inidonea a raggiungere lo scopo che legittima la limitazione della libertà personale, tendenzialmente illimitata della libertà personale del soggetto.

Ciò posto, sulla **immediata e diretta applicabilità della direttiva 2008/115/CE**, 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 - estremamente 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 ed estranei ai casi di specifico interesse), 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.

Chiarito, dunque, che dal 24.12.10 la disciplina interna delle espulsioni amministrative è in insanabile contrasto con quella comunitaria (compatibili restando invece le espulsioni previste come misure di sicurezza od a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione ex art. 2 par.2 lett. b) ed affermato che trattasi di una direttiva *self-executing*, quanto agli argomenti di interesse, resta da valutare le conseguenze sul caso di specie.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia, spetta ai Giudici nazionali interpretare il proprio diritto alla luce della lettera e della *ratio* della Direttiva onde conseguire il

risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi all'art. 249, comma 3, del Trattato.

Compito del Giudice è, senza necessità di sollevare incidente di legittimità costituzionale o di dover ricorrere alla Corte Europea, dare applicazione alle fonti UE dotate di effetto diretto nelle varie controversie pendenti.

Ne consegue che **il Giudice italiano dovrà disapplicare (Cfr. Corte Cost. 389/1989) ogni atto amministrativo** emesso dopo il 24.12.2010 sulla base di una legislazione nazionale ormai superata dalla recente e preminente legislazione europea.

Quanto agli **ordini di allontanamento precedenti al 25.12.10** – formalmente legittimamente emessi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina - si evidenzia quanto segue.

Il summenzionato contrasto tra normative supera l'ambito amministrativo per estendersi al settore penale ed in particolare ai delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore, concepiti dal legislatore italiano quale basilare strumento di contrasto all'immigrazione clandestina.

Siffatta antinomia delle fattispecie penali con l'ordinamento sovranazionale emerge in modo chiaro proprio nel momento in cui il Giudice Penale è chiamato a sanzionare l'inadempimento del provvedimento amministrativo, in quanto tale sanzione (con la reclusione da uno a quattro anni l'inosservanza del primo ordine di allontanamento e con la reclusione da uno a cinque anni l'inosservanza dell'ordine reiterato) rappresenta una parte decisiva ed integrante della disciplina relativa alla procedura di rimpatrio e non può, dunque, che ricadere nella sfera di applicazione della direttiva (la quale prevede unicamente il ricorso alle misure coercitive ivi previste e in "*extrema ratio*" il trattenimento in un apposito centro di permanenza temporanea, per un periodo complessivo massimo di 18 mesi e con le garanzie previste agli art. 15 e 16).

E' dunque proprio nel momento in cui il Giudice penale deve irrogare la sanzione, che egli è tenuto a verificare la rispondenza della normativa interna alla normativa comunitaria, indipendentemente dal tempo in cui è stato notificato il provvedimento amministrativo e si è consumata la violazione della norma penale.

Ritenendo ancora applicabili le fattispecie penali in oggetto ai soggetti che hanno ricevuto un ordine del Questore prima del 25 dicembre 2010, si finirebbe con il violare – per questi ultimi - le garanzie imposte dalla direttiva a tutela della libertà personale dello straniero destinatario di un provvedimento di rimpatrio e che non lo abbia osservato, ricorrendo ad una misura coercitiva qualitativamente diversa e temporalmente più estesa di quella prevista (in caso estremo il trattenimento) dalla direttiva UE.

L'applicazione della sanzione detentiva avverrebbe quindi in totale dispregio di uno dei principali obiettivi della direttiva, che non mira soltanto ad istituire norme comuni per un'efficace politica in materia di allontanamento e di rimpatrio, ma anche a garantire il "rispetto dei diritti fondamentali" dello straniero (considerando n. 24), fra i quali va sicuramente annoverato il diritto alla libertà personale.

Da segnalare, ancora, che il reato di inottemperanza all'ordine del Questore deve considerarsi un provvedimento che si inserisce nella fase esecutiva dell'espulsione, totalmente carente di una sua obiettività giuridica autonoma rispetto all'espulsione amministrativa.

La disciplina che regola le modalità di espulsione permea di sé completamente le due ipotesi di reato previste dall'art. 14 comma 5 ter e quater e va considerata un elemento normativo della fattispecie, suscettibile - se più favorevole - di una

applicazione retroattiva (cfr., in tema, Cass. Pen., Sez. Un., 27.9.2007, n. 2451) e non un mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto.

Si noti, infatti, che l'ipotesi considerata da tale pronuncia (entrata in vigore del trattato di adesione della Romania all'Unione Europea) è completamente differente dal caso in esame. Si trattava, infatti, di un provvedimento in base al quale – fermo restando il contesto normativo e la punibilità del reato di inottemperanza all'ordine di espulsione commesso da un soggetto extracomunitario – veniva modificata tale qualifica esclusivamente per un limitato gruppo di soggetti. Il disvalore penale della fattispecie rimaneva invariato e l'elemento di novità poteva valere esclusivamente per il futuro.

Correttamente la Suprema Corte a sezione unite (sent 2451 del 27.9.2007) osserva come trattato e leggi di ratifica abbiano modificato soltanto la situazione di fatto dei rumeni, facendo perdere ad essi la condizione di stranieri extracomunitari presupposto della norma. Nella medesima sentenza, tuttavia, la Corte precisa che si è al di fuori dalla sfera di applicazione dell'articolo 2 co. 2 c.p. quando *“il cambiamento avvenuto nella normativa extrapenale, modificando il contesto giuridico, ha determinato una diversità del fatto e non della fattispecie”*, ma non esclude ed anzi sostiene la possibile rilevanza ai fini dell'art 2 c.p delle norme extrapenali : ***“Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano”*** (Cass. S.U. sent. 2451 del 27.9.2007).

Il che è esattamente quello che è accaduto nel caso di specie, ove le imponenti modifiche sistematiche della disciplina in materia di espulsioni hanno comportato un radicale stravolgimento dell'assetto normativo, tale da far venir meno l'offensività della condotta di inottemperanza all'ordine del Questore emesso sulla base di una normativa ormai superata ed incompatibile con il diritto comunitario.

Sulla base di questa interpretazione – che appare l'unica compatibile con il diritto comunitario e costituzionalmente orientata – si ritiene di dover applicare retroattivamente la disciplina sulle espulsioni di cui alla direttiva 2008/115/CE e, conseguentemente, disapplicare anche gli atti amministrativi emessi prima dell'entrata in vigore della stessa in quanto incompatibili con la stessa.

La mancanza di uno degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa (la violazione di un valido ordine di allontanamento) impone l'assoluzione.

P.Q.M.

Visto l'art. 530 cpp;

assolve **A.S.** dal reato ascrittogli perchè il fatto non sussiste.

Così deciso in Torino l'8.1.2011

IL GIUDICE

Alessandra Salvadori

Deposita in Cancelleria il _____