

N. 329/11 r.n.r.

N. 38/11 r.g.

N. _____ r.s.

Data dep. _____

Data irr. _____

N. _____ r.e.

N. _____ camp. pen.

Red. scheda _____



TRIBUNALE DI CAGLIARI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

all'udienza del 14 gennaio 2011, il Giudice del Tribunale di Cagliari, dott. Carlo Renoldi, ha pronunciato, in esito a giudizio abbreviato, la seguente

SENTENZA

nel procedimento penale

CONTRO

Silla Mody, nato a XXXX il XXXX, difeso d'ufficio dall'Avv. Francesco Roggero del foro di Cagliari;

LIBERO – NON COMPARSO

IMPUTATO

*del reato di cui all'art. 14 comma 5 ter e quinquies D.L.vo 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dal D.L. 4 settembre 2004 n. 241, perché si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal Questore della Provincia di Cagliari con atto Cat. A 11/08 n. 576 in data 3.11.2008 e notificato al medesimo nella stessa data (in esecuzione del decreto di espulsione Cat. A 11/08 n. 619 emesso dal Prefetto della Provincia di Cagliari in data 3.11.2008).
Accertato in Cagliari, il 7 gennaio 2011.*

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Pubblico ministero: con le attenuanti generiche, considerata la diminuzione per il rito, chiede la condanna alla pena finale di cinque mesi e venti giorni di reclusione.

Difesa: assoluzione perché il fatto non sussiste.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§1. *Lo svolgimento del processo.*

Arrestato in data 7 gennaio 2011 nella flagranza del delitto previsto dall'art. 14 comma 5 *ter* D.L.vo 25 luglio 1998 n. 286, in data 8 gennaio 2011 Mody SILLA è stato condotto davanti a questo Tribunale per la convalida dell'arresto. In esito alla relativa udienza, nel corso della quale si è fatto luogo alla nomina di un interprete senegalese in ragione dell'accertata impossibilità dell'imputato di comunicare efficacemente sia in italiano che in francese¹, è stata riconosciuta la legittimità della misura restrittiva². L'imputato è stato quindi tratto a giudizio direttissimo, senza che si procedesse all'applicazione nei suoi confronti di alcuna misura cautelare, non richiesta dal Pubblico ministero.

Nel corso dell'odierna udienza, fissata a seguito della richiesta di un termine a difesa, Mody SILLA non è comparso. Nondimeno, egli ha fatto pervenire istanza di giudizio abbreviato, formulata a mezzo del suo Difensore, munito di procura speciale.

Ammesso il rito alternativo, il processo è stato celebrato con l'osservanza delle disposizioni di cui agli articoli 438 e ss. cod. proc. pen.; ed all'esito del giudizio, le parti hanno concluso nei termini riportati in epigrafe.

§2. La piattaforma probatoria.

Dal verbale di arresto, redatto dal personale della Questura di Cagliari – Squadra volante, dalle dichiarazioni rese dall'imputato a mezzo dell'interprete nel corso dell'udienza di convalida, nonché dalle allegazioni documentali prodotte dalla Procura della Repubblica, deve ritenersi provato che l'imputato sia stato destinatario del decreto di espulsione Cat. A 11/08 n. 619, emesso dal Prefetto della Provincia di Cagliari in data 3 novembre 2008 sul presupposto che egli non avesse provveduto a regolarizzare la propria posizione di soggiorno ai sensi degli artt. 5, comma 2 e 27 comma 1 *bis* T.U. 286/98. In pari data, non potendosi far luogo all'esecuzione dell'espulsione (avuto riguardo alla necessità di accertamenti supplementari sull'identità del soggetto e sulla disponibilità di un titolo di viaggio e tenuto conto della indisponibilità di posti nei Centri di identificazione ed espulsione presenti sul territorio italiano), il Questore di Cagliari con atto Cat. A 11/08 n. 576 ha emesso un ordine di allontanamento dal territorio nazionale, ingiungendo a Mody SILLA di ottemperarvi entro il termine di cinque giorni.

L'imputato non ha però ottemperato all'ordine impartitogli, pur essendo stato informato, da qualche conoscente, del contenuto dell'atto di intimazione, che per le ragioni prima ricordate non era in grado di leggere e comprendere (v. dichiarazioni rese in sede di udienza di convalida). L'inadempimento, peraltro, parrebbe riconducibile all'assenza di adeguate disponibilità economiche, avendo egli dichiarato di lavorare saltuariamente come ambulante e di riuscire a ricavare, come guadagno netto, solo circa trenta euro mensili. Sul punto i militari non hanno riferito alcuna circostanza utile: l'uomo è stato, infatti, tratto in arresto mentre transitava sulla pubblica via. Nell'occasione egli non è stato trovato nella disponibilità di somme di denaro, né di merce da

¹ Secondo quanto emerso successivamente in sede di interrogatorio, infatti, l'imputato ha frequentato, nel Paese di origine, soltanto la scuola coranica, mentre costituisce fatto notorio che in Senegal la lingua francese viene insegnata unicamente negli istituti pubblici.

² Si è proceduto alla convalida dell'arresto considerando che esso è provvedimento in relazione al quale si valuta, con giudizio *ex ante*, la legittimità dell'attività delle forze di polizia, che devono in astratto, e nell'urgenza del provvedere, valutare se sussistano estremi di reato; valutazione che implica un tipo di delibazione sommaria diversa da quella più pregnante che spetta al giudice in relazione ai gravi indizi di colpevolezza ovvero per accertare la responsabilità dell'imputato. A ciò si aggiunga che per il reato per cui si procede l'arresto è obbligatorio: circostanza che riduce fortemente il margine di discrezionalità delle forze di polizia nel procedere (cfr. Cass., Sez. 3, sentenza del 7/7-7/10/2010, n. 35962, CED 248479).

destinare alla vendita; nessun accertamento è stato svolto nel luogo in cui SILLA ha dichiarato di dimorare.

Tanto premesso, il complesso delle acquisizioni istruttorie conduce ad escludere la responsabilità dell'imputato in relazione al reato ascrittogli.

§3. Gli elementi oggettivi della fattispecie incriminatrice.

Le prove acquisite non lasciano dubbi sulla presenza di una condotta di inosservanza dell'intimazione rivolta all'imputato dal questore. E tuttavia, come noto, l'art. 14, comma 5 *ter* prevede una "costellazione" di fattispecie incriminatrici che si differenziano in ragione della specifica causale del provvedimento prefettizio di espulsione, al quale occorre quindi sempre avere riguardo al fine di una corretta qualificazione della fattispecie in contestazione. Ciò anche al fine di consentire il controllo sulla legalità dell'atto amministrativo presupposto che la giurisprudenza di legittimità ormai estende anche al decreto prefettizio (v. *ex plurimis* Cass., 22.7.2005 n. 27429).

a). I provvedimenti presupposti.

Sul punto, giova rilevare che il decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Cagliari in data 3 novembre 2008 risulta essere stato fondato sulla mancata regolarizzazione, da parte dell'imputato, della propria posizione di soggiorno.

Al riguardo, pur in presenza di un riferimento alla condotta illecita, da parte del provvedimento prefettizio, che certo non brilla per adamantina chiarezza (circostanza tanto più significativa in rapporto alle ordinarie cognizioni, linguistiche e culturali, dei destinatari di tali atti amministrativi), può fondatamente affermarsi che la violazione addebitata all'imputato nel decreto espulsivo sia quella di non avere provveduto a richiedere il titolo di soggiorno, nel termine di legge, una volta entrato regolarmente nel nostro Paese³. Una condotta che le stesse dichiarazioni di Mody SILLA consentono di configurare nel caso concreto, avendo egli ammesso – nel corso dell'udienza di convalida – di non avere mai richiesto il permesso di soggiorno.

Su tale atto si è poi incardinato il sub-procedimento esecutivo, conclusosi con l'emissione dell'ordine questorile di allontanamento. Tale provvedimento è stato a sua volta preceduto da una serie di adempimenti finalizzati a verificare la concreta eseguibilità dell'espulsione dapprima mediante l'accompagnamento immediato alla frontiera e quindi, a fronte dell'impossibilità di tale modalità esecutiva, attraverso il previo trattenimento in un Centro di identificazione e di espulsione, anch'esso finalizzato all'eventuale esecuzione coattiva del provvedimento espulsivo una volta venuta meno la situazione impossibilitante.

Tanto premesso, deve ritenersi che entrambi i provvedimenti amministrativi indicati, ossia il decreto prefettizio e l'ordine questorile, pur legittimamente assunti, sono diventati integralmente inefficaci a seguito del sopravvenuto contrasto delle norme che disciplinano il procedimento amministrativo di espulsione (contenute agli artt. 13 e 14 T.U. Immigrazione) con le disposizioni contenute nella direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008.

b). Gli effetti della Direttiva 2008/115/CE sulla fattispecie contestata.

Il 24 dicembre 2010 è scaduto il termine entro il quale gli Stati aderenti all'Unione europea avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti alla direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008

³ In questo contesto pare ultroneo il riferimento all'art. 27, comma 1 *bis* T.U. 286/98, non essendo emerso alcun elemento che consenta di affermare la sussistenza dell'obbligo di presentare la dichiarazione prevista dalla norma citata.

recante norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. A tale data l'Italia non aveva provveduto all'attuazione, né risulta averlo fatto fino alla data odierna.

b1). Il contenuto della direttiva.

La Direttiva, secondo quanto esposto nel preambolo, mira ad armonizzare le procedure amministrative di rimpatrio degli immigrati irregolari al fine di bilanciare due fondamentali istanze: da un lato quella di garantire l'effettività dei rimpatri e dall'altro quella di assicurare la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi attraverso la previsione di "garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio"⁴ che realizzino "una procedura equa e trasparente"⁵.

Per ciò che interessa ai fini del presente giudizio, la Direttiva stabilisce un complesso di regole finalizzate a disciplinare l'allontanamento, che è possibile riassumere in questi termini:

1) la modalità ordinaria di allontanamento dello straniero irregolare dal territorio nazionale è costituita, ai sensi dell'art. 7 della Direttiva, dal *rimpatrio volontario*, realizzato mediante la notifica all'interessato di una *decisione di rimpatrio* (ossia l'atto con cui gli Stati membri decidono il rimpatrio del cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare), attraverso cui viene assegnato un termine, compreso tra sette e trenta giorni, entro il quale lo straniero deve allontanarsi;

2) la possibilità che il termine per la partenza volontaria venga ridotto o addirittura omesso è subordinata unicamente ai casi di pericolo di fuga, di reiezione di una domanda di soggiorno irregolare manifestamente infondata o fraudolenta nonché al caso in cui il soggetto rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale;

3) qualora l'interessato non sia partito volontariamente, così come nel caso in cui fin dall'inizio non gli sia stato concesso alcun termine per l'esistenza di un pericolo di fuga, l'art. 8 consente allo stato *de quo* di procedere all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio, eventualmente previa emanazione da parte dell'autorità amministrativa e giudiziaria di un ordine di allontanamento;

4) soltanto nell'ulteriore caso in cui non sia possibile eseguire coattivamente l'allontanamento e non possano essere efficacemente applicate "altre misure", l'art. 15 consente di disporre il trattenimento dello straniero, il cui regime è notevolmente diversificato dalla disciplina prevista dal legislatore italiano.

Le norme della Direttiva, appena riassunte, devono trovare applicazione in tutte le procedure di rimpatrio degli immigrati "irregolari", ferma restando la *facoltà* degli Stati di *non applicarle* in materia di *respingimento alla frontiera* (art. 2 § 2 lett. a) nonché quando il rimpatrio sia disposto come "sanzione penale" o come "conseguenza di una sanzione penale", ed ancora nell'ambito di procedure di estradizione (art. 2 § 2 lett. b).

b2). I profili di contrasto tra la Direttiva e le norme interne disciplinanti il procedimento amministrativo presupposto.

Limitando l'analisi ai soli profili di contrasto che possono venire in rilievo in relazione alla fattispecie contestata, deve rilevarsi che:

1). mentre il considerando n. 10 e l'art. 7 della Direttiva stabiliscono che la decisione di rimpatrio debba privilegiare la partenza volontaria, fissando un termine, compreso tra i 7 e i 30 giorni, entro il

⁴ Considerando introduttivo n. 11.

⁵ Considerando introduttivo n. 6.

quale l'interessato deve allontanarsi, il T.U. 286/98 prescrive all'art. 13, comma 4, invece che tutte le espulsioni siano immediatamente esecutive e che esse siano eseguite dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, salva l'ipotesi di cui al comma 5⁶;

2). mentre il paragrafo 2 dello stesso art. 7 consente di prorogare il termine per la partenza volontaria, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale quali, a titolo esemplificativo, la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali, viceversa il T.U. 286/98 non prevede alcuna proroga, neanche nell'unico caso in cui l'espulsione è attuata con l'intimazione a lasciare il territorio entro 15 giorni (si tratta del citato art. 13, comma 5 T.U.);

3). ai sensi dell'art. 8 della Direttiva, gli Stati membri possono ricorrere a misure coercitive per eseguire l'allontanamento di chi oppone resistenza: misure che devono essere proporzionate e non eccedere un uso ragionevole della forza; al contrario il T.U. 286/98 prevede che tutte le modalità di esecuzione delle espulsioni contemplino il ricorso (diretto o eventuale) a misure coercitive, senza alcuna limitazione allo straniero che oppone resistenza, essendo sufficiente la difficoltà nell'identificazione, la mancanza di documenti per il viaggio o del vettore (fattori chiaramente estranei alla volontà dello straniero e non riconducibili a condotte "resistenti");

4). l'art. 9 della Direttiva prevede alcune ipotesi in presenza delle quali gli Stati membri rinviando (parrebbe obbligatoriamente) l'allontanamento, come in caso di violazione del principio di *non refoulement*, di concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione di rimpatrio, nonché quando lo richiedano le condizioni fisiche o mentali del cittadino del Paese terzo o altre ragioni tecniche quali l'assenza del vettore o dell'identificazione; al contrario, per il diritto interno, l'assenza del vettore o la mancata identificazione comportano un rinvio dell'allontanamento (art. 14, comma 1 T.U.), determinando il trattenimento obbligatorio o l'ordine di allontanamento del questore soltanto nel caso in cui la misura restrittiva non possa essere disposta (ad es. per carenza di posti disponibili) e senza la sottoposizione agli obblighi indicati nella Direttiva; in ogni caso la sospensione dell'allontanamento non è prevista dalla legge italiana (ad eccezione dei richiedenti asilo ex art. 37, comma 6, D.Lgs. 25/2008).

In estrema sintesi, mentre la procedura originariamente prevista dalla l. 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. legge Turco-Napolitano) prevedeva una procedura fondata sull'intimazione allo straniero a lasciare il territorio nazionale entro il termine di 15 giorni, dopo l'entrata in vigore della l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini) la disciplina dettata dall'ordinamento interno è radicalmente difforme dal modello delineato dalla Direttiva, non essendo previsto che il decreto prefettizio, ossia l'atto in qualche misura corrispondente alla decisione di rimpatrio, attribuisca alcun termine per la partenza volontaria, salva la ricordata ipotesi di cui all'art. 13 comma 5. Sul punto giova peraltro evidenziare che non può certo sostenersi che il pericolo di fuga dello straniero sia *presunto* dal legislatore italiano, atteso che in tal modo si invertirebbe il rapporto tra la regola (ossia la concessione di un congruo termine per la partenza volontaria) e l'eccezione (ossia la mancata concessione del termine imposto dalla Direttiva): quest'ultima infatti esige chiaramente una valutazione *caso per caso* delle circostanze che giustificano la deroga alla regola generale, delle quali dovrà quindi darsi adeguata motivazione nel provvedimento di espulsione.

b3). Gli effetti diretti e indiretti delle Direttive dell'Unione europea.

⁶ Tale ipotesi è quella dello straniero che si è trattenuto nel territorio italiano quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo.

E' del tutto pacifico che il contrasto tra una Direttiva, ancorché non attuata, e la normativa interna del singolo stato membro sia comunque produttivo di effetti.

Nel sistema italiano tali effetti divergono a seconda che la norma europea (locuzione che appare preferibile all'espressione *eurounitaria*, che pure si sta affermando nel dibattito dottrinale) sia o meno *self executing*, ossia immediatamente applicabile.

La prima ipotesi ricorre quando la direttiva sia immediatamente esecutiva: in tal caso il giudice italiano è tenuto, secondo lo *ius receptum* ormai consolidatosi a partire dalla storica sentenza *Granital* della Corte costituzionale (sent. 170 del 8 giugno 1984), a “non applicare” la norma interna con essa contrastante; norma interna che continuerà a produrre i suoi effetti ma soltanto fuori dall'ambito di competenza “comunitaria”. Tale effetto di inapplicazione delle norme nazionali concerne anche i casi in cui esse siano successive, secondo quanto ritenuto dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*.

Il secondo caso sussiste invece qualora la direttiva non sia immediatamente applicabile: in tal caso il giudice, rilevato il contrasto tra la norma europea e la norma interna, non potrà che ravvisare un profilo di illegittimità costituzionale di quest'ultima alla stregua dell'art. 117 Cost. come integrato dalla direttiva; e una volta eventualmente constatata l'impossibilità di una interpretazione costituzionalmente conforme non potrà che sollevare una questione di costituzionalità di fronte alla Consulta.

Sulla base di queste premesse, occorre preliminarmente accertare se le disposizioni della Direttiva n. 115 rispetto alle quali sussiste l'antinomia con il diritto interno, siano o meno immediatamente esecutive, dal momento che tale accertamento preliminare condiziona il tipo di strumento esperibile sul piano giudiziario (non applicazione della norma interna, proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ovvero di una questione incidentale di legittimità costituzionale).

A tal fine i criteri utilizzabili dal giudice interno sono quelli “costruiti” dalla Corte di giustizia, nel corso di una pluriennale elaborazione⁷: la norma europea si considera *self executing* quando è dettagliata, ovvero sia “chiara, precisa ed incondizionata”.

Quanto alla prima nozione essa è indicativa di una condizione di non ambiguità od equivocità della norma.

La precisione, invece, richiama una situazione di sufficiente specificità della norma, tale da non richiedere l'emanazione d'alcun ulteriore provvedimento da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri e che non lascia a questi ultimi alcuna discrezionalità nella sua attuazione.

Quanto poi al requisito del carattere incondizionato della norma esso si rinviene quando la disciplina non è sottoposta ad alcuna condizione per poter essere applicata.

E' inoltre necessario che dalla direttiva discenda un *effetto giuridico favorevole* per l'individuo nei confronti dello Stato inadempiente.

Infine, perché essa si consideri immediatamente esecutiva deve essere scaduto invano il termine di attuazione per lo Stato, il quale non deve avere adempiuto a conformare il proprio ordinamento agli obblighi discendenti dalla direttiva.

b4). La natura “self executing” di alcune disposizioni della Direttiva in esame: conseguenze.

⁷ Si vedano al riguardo, *ex multis*, le seguenti sentenze: Corte di giustizia, sentenza 4.12.1979, C-41/74, *Van Duyn*; Corte di giustizia, sentenza 5.4.1979, C-148/78, *Ratti*; Corte di giustizia, sentenza 19.1.1982, C-8/81, *Becker*; Corte di giustizia, sentenza 26.2.1986 *Marshall* C-152/84; Corte di giustizia, sentenza 26.9.2000, C-443/98, *Unilever*.

Nel caso di specie sono certamente “chiare e precise”, nell’accezione prima indicata, le norme che stabiliscono, quale modalità ordinaria dell’allontanamento, il rimpatrio volontario, così descrivendo una sequenza di attività che si connota come chiaramente incompatibile rispetto al paradigma procedimentale previsto dal diritto interno.

Tale norma è, inoltre, chiaramente incondizionata, dal momento che non è attribuita allo stato membro alcuna possibilità di scelta in ordine alla disciplina applicabile; ed altrettanto pacifico è il fatto che dalla direttiva discenda un *effetto giuridico favorevole* per il migrante irregolare nei confronti dello Stato inadempiente.

Infine, il termine di attuazione per lo Stato italiano deve ritenersi infruttuosamente scaduto, non potendo certo riconoscersi alcuna idoneità attuativa alla Circolare emessa dal Ministero dell’Interno in data 17 dicembre 2010.

Ne consegue che le disposizioni che prescrivono che il rimpatrio debba essere innanzitutto volontario sono certamente *self executing*, come peraltro riconosciuto dalla stessa circolare del Ministero dell’Interno appena citata. Lo Stato italiano potrà eventualmente aggiungere disposizioni di dettaglio; ma non potrà in alcun modo stabilire una modalità differente di esecuzione “ordinaria” dell’allontanamento, ed è per questo che la relativa norma non richiede alcun provvedimento di attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri.

Peraltro, giova evidenziare che le eccezioni alla regola generale del rimpatrio volontario hanno un carattere meramente eventuale, ben potendo il singolo Stato non prevedere alcuna deroga, sicché non può certo ammettersi, da un punto di vista anche solo concettuale, che l’efficacia della regola base, che come detto non necessita di alcuna implementazione di dettaglio, possa essere paralizzata dalla mera possibilità di eventuali deroghe da parte del legislatore dello stato membro.

Analogo discorso può essere fatto per le norme che stabiliscono, per l’effettiva realizzazione del rimpatrio, un termine diverso e più ampio di quello, pari a soli cinque giorni, previsto dalla norma interna, atteso che anche in tale ipotesi vi è un chiarissimo divieto di stabilire un termine inferiore ai sensi dell’art. 7, §1 della Direttiva. Divieto che non può certo essere obliterato dalla possibilità di una successiva disciplina, da parte del legislatore nazionale, che consenta di subordinare la concessione del termine alla richiesta dell’irregolare ovvero di derogare alla Direttiva se “sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l’interessato costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale”. Anche in tal caso, infatti, il regime derogatorio ha carattere meramente eventuale, sicché il divieto non presuppone in sé alcuna specificazione attuativa.

Su tali premesse, non può quindi ritenersi che la presenza di spazi rimessi alla discrezionalità del legislatore nazionale non consenta di riconoscere ad alcune norme della Direttiva il carattere di norme precise ed incondizionate, che secondo la Corte di giustizia va comunque affermato quando sia “possibile determinare il livello minimo di tutela che deve essere comunque realizzato”⁸.

Né può fondatamente ritenersi che il meccanismo espulsivo che sta alla base dell’incriminazione *ex art. 14, comma 5 ter* sia in realtà basato proprio sulla partenza volontaria, in aderenza a quanto stabilito dalla direttiva; tesi che si potrebbe ritenere confermata proprio dalla situazione fattuale che è oggetto del presente giudizio, in cui l’espulsione è stata realizzata, in concreto, non attraverso l’accompagnamento coattivo quanto piuttosto attraverso una intimazione assimilabile ad un rimpatrio volontario. Una simile argomentazione, tuttavia, trascurerebbe di considerare che, anche a prescindere dal fatto che tale termine è comunque inferiore a quello minimo di sette giorni che deve

⁸ Così, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 14.7.1994, C-91/92, Facci Dori.

essere di norma concesso per la partenza volontaria, in ogni caso l'emanazione dell'ordine di allontanamento da parte del questore è in realtà concepito, nel sistema del T.U., come una forma di esecuzione dell'espulsione meramente *residuale* rispetto alla modalità ordinaria dell'immediato accompagnamento alla frontiera; forma di esecuzione che, come già osservato, è peraltro ulteriormente subordinata all'impossibilità di trattenere lo straniero, nelle more dell'accompagnamento coattivo, in un centro di identificazione e di espulsione.

Consegue alla ricostruzione fin qui accolta che le norme del D.lvo n. 286/98 che disciplinano il procedimento di espulsione (contenute in particolare agli artt. 13 e 14 T.U. 286/98) sono in radicale ed insanabile contrasto con le norme *self executing* della Direttiva e non debbono quindi essere applicate, con conseguenti effetti caducatori sul provvedimento amministrativo emanato nell'esercizio della potestà amministrativa attribuita da tali norme, rimanendo esso del tutto sprovvisto di base legale (c.d. illegittimità comunitaria indiretta o derivata del provvedimento amministrativo). Ciò vale sicuramente per i casi di atti emanati successivamente alla scadenza del termine di attuazione della Direttiva.

Nel caso di specie, peraltro, entrambi i provvedimenti amministrativi sono stati emanati in data 3 novembre 2008, e quindi dopo l'entrata in vigore della direttiva ma prima della scadenza del termine per la sua attuazione.

Ne consegue, che non essendo le norme della Direttiva incondizionata in vigore al momento della loro adozione, i provvedimenti dovevano considerarsi adottati in maniera del tutto legittima.

b5). L'applicabilità della Direttiva agli atti amministrativi emessi anteriormente alla scadenza del termine di attuazione della Direttiva.

Muovendo da tale presupposto potrebbe ritenersi che la sopravvenienza della norma "comunitaria" non sia rilevante, atteso che il procedimento disciplinato dal diritto interno è regolato dal principio generale, applicabile agli atti amministrativi, espresso dal broccardo *tempus regit actum*, dovendo ogni atto amministrativo (anche endoprocedimentale) essere conforme alla legge in vigore nel momento in cui viene posto in essere. E non è un caso che la dottrina e la giurisprudenza amministrativa manifestino serie difficoltà a riconoscere l'illegittimità sopravvenuta dell'atto assunto in conformità della norma interna successivamente divenuta in contrasto con la norma comunitaria (oggi europea). Una resistenza che però appare condizionata dalla peculiare natura impugnatoria del processo amministrativo, costruita intorno alla previsione di termini decadenziali, che verrebbero aggirati ove si consentisse di far valere, in qualunque tempo, il vizio sopravvenuto, con grave pregiudizio per le esigenze di certezza giuridica.

Giova peraltro rilevare che tale costruzione è tuttavia in evidente contrasto con quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza Ciola c. Land Voralberg (29 aprile 1999, C-224/97), allorché i giudici europei hanno affermato il principio secondo cui non soltanto le norme della legislazione interna ma anche i provvedimenti amministrativi in contrasto con la norma europea (che in quel caso stabiliva il principio della libera prestazione dei servizi), vadano necessariamente disapplicati nel giudizio sulla legittimità della sanzione penale irrogata per l'inosservanza di tale norma; ciò anche quando essi siano stati adottati anteriormente alla vigenza della norma europea (nel caso di specie prima dell'adesione dell'Austria all'Unione europea)⁹. Una soluzione che la

⁹ In quell'occasione, era accaduto che nel 1990 un'autorità amministrativa statale aveva autorizzato, con provvedimento individuale, il gestore di un porto per imbarcazioni sul lago di Costanza, ad allestire 200 posti barca, prescrivendogli però di limitare a non più di 60 unità il numero di posti da riservare ai proprietari di imbarcazioni residenti in altro Stato membro. A fronte della violazione di tale limitazione, nel 1996 era stata irrogata al gestore una sanzione penale

Corte di giustizia giustifica con il fatto che la tutela giurisdizionale accordata ai singoli dalle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno con esse contrastanti, non rilevando quindi che si sia in presenza di una disposizione legislativa o amministrativa. E lungo questo tragitto di considerazioni, dopo la sentenza Ciola, sembra muoversi quella parte della dottrina amministrativistica che attribuisce rilevanza al contrasto sopravvenuto.

Peraltro, deve in ogni caso osservarsi che rispetto alle “regole processuali nazionali” del nostro processo penale non pare esservi alcuna difficoltà di ordine formale al riconoscimento della rilevanza al sopravvenire di una norma europea in contrasto con quella che conferisce la potestà dal cui esercizio sia scaturito l’atto amministrativo presupposto della fattispecie incriminatrice. Pertanto nessun ostacolo è tecnicamente frapponibile rispetto al riconoscimento, in siffatte ipotesi, di un potere di “non applicazione” della norma *de qua* da parte del giudice penale.

Benché la vicenda affrontata dai giudici europei con la sentenza Ciola presenti evidenti assonanze rispetto a quella oggi in esame, nel caso di specie più che di una disapplicazione dell’atto amministrativo che, lo si ripete, la Corte di giustizia ha comunque configurato come (non soltanto ammissibile ma addirittura) obbligatorio, deve configurarsi, già di primo acchito, un contrasto che coinvolge le norme interne su cui si fonda la potestà amministrativa. Norme che quindi non andranno applicate nel caso di specie, atteso che secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza 9.9.2003, C-198/01 “il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore”. Per i giudici di Lussemburgo, del resto, è sostanzialmente irrilevante – tenuto conto della natura “verticale” della tutela accordata – l’assetto dei meccanismi di tutela previsti dal diritto interno, dovendo attribuirsi prevalenza al dato per cui il giudice deve poter pervenire ad applicare la norma europea, comunque neutralizzando gli effetti di quella interna ad essa contraria¹⁰. E in ogni caso, quando ciò non sia praticabile il giudice nazionale deve comunque “interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest’ultima e conformarsi pertanto all’art. 189, terzo comma, del Trattato”¹¹.

(pecuniaria) contro la quale egli si oppone. Il giudice competente aveva quindi formulato due quesiti in via pregiudiziale, chiedendo se le norme comunitarie sulla libera prestazione dei servizi non ostassero ad una limitazione in via amministrativa dei posti barca da concedere in locazione a proprietari comunitari e se il provvedimento amministrativo, una volta qualificato come anticomunitario, potesse essere disapplicato, pur essendo decorsi i termini di impugnazione.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che il provvedimento autorizzatorio, ancorché legittimo nel 1990, fosse divenuto contrastante con il diritto comunitario a partire dall’adesione alla Unione europea dell’Austria (avvenuta nel 1995); sicché esso andava disapplicato “nella valutazione della legittimità di un’ammenda irrogata per inosservanza di tale divieto dopo la data di adesione”.

¹⁰ In verità, secondo la Corte di Giustizia Europea (v. sentenza 9.9.2003, C-198/01) “l’obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22.6.1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo), il che implica, ove necessario, l’obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario”. La tesi di un obbligo di agire in autotutela in capo alla pubblica amministrazione è tuttavia negato dal Consiglio di Stato (v. sentenza 3.3.2006) secondo cui dalla stessa giurisprudenza comunitaria “si ricava che l’esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità con la conseguenza che il vizio della violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell’amministrazione”.

¹¹ Così, tra le altre, Corte di giustizia, sentenza 14.7.1994, C-91/92, Facci Dori, citata.

E' peraltro evidente che la inapplicazione delle norme che costituiscono la base legale della potestà amministrativa, dal cui esercizio sono scaturiti i provvedimenti-presupposto della fattispecie incriminatrice, non può non avere riflessi su tali provvedimenti.

Tali riflessi, secondo una prima tesi sviluppatasi in seno alla giustizia amministrativa, vanno rinvenuti nella nullità/inesistenza sopravvenuta dell'atto amministrativo¹². Ne consegue, che il giudice penale non potrebbe che accertare che quell'atto non appartiene più al mondo del diritto, sicché verrebbe a mancare il presupposto della condotta tipica.

Secondo altra tesi, invece, dovendo il giudice penale non applicare le norme interne sull'espulsione che contrastino con la direttiva e dovendo al contrario applicare proprio le norme contenute nella direttiva, non potrebbe che addivenirsi all'affermazione della illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione delle norme dell'Unione europea, sicché l'ordine di allontanamento non potrebbe che essere disapplicato dallo stesso giudice penale *ex art. 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*).

Come anticipato, contro questa ricostruzione potrebbe forse opporsi l'irrilevanza dell'illegittimità sopravvenuta, sul presupposto che il procedimento amministrativo si sarebbe ormai chiuso, per cui, essendosi consolidati gli effetti dell'atto, non si potrebbe più rimuoverlo.

Anche a prescindere dal fatto che una siffatta prospettazione, magari plausibile rispetto a situazioni soggettive di vantaggio (c.d. diritti quesiti) in ragione di un principio di affidamento che appartiene sicuramente ai valori fondamentali dell'ordinamento, non appare automaticamente sovrapponibile rispetto ad atti di sfavore che addirittura incidono sulla libertà personale, deve rilevarsi come una tesi siffatta "provverebbe troppo" con riguardo a principi ed esigenze proprie del processo penale.

Infatti, rispetto ad una fattispecie incriminatrice che si caratterizza per una strettissima compenetrazione tra normativa amministrativa e strumento penale, chiaramente posto a presidio della prima, pare fondato affermare che gli effetti del provvedimento non possano ritenersi esauriti fino a quando esso possa determinare l'applicazione di una conseguenza giuridica, sia pure in maniera mediata dalla fattispecie incriminatrice.

In ogni caso deve rilevarsi come ove si ritenesse possibile non applicare la norma ma non anche l'atto amministrativo che ne costituisce attuazione, si vanificherebbe lo scopo per il quale la disciplina europea è stata introdotta.

Ma vi è di più.

Vi è infatti un'esigenza interna allo stesso sistema penale, che impone al giudice, qualora come presupposto o elemento costitutivo di una fattispecie di reato sia previsto un atto amministrativo, di non limitarsi a verificare l'esistenza ontologica di esso, ma di verificare l'effettiva incidenza della condotta non conforme al provvedimento sull'interesse sostanziale che tale fattispecie assume ad oggetto di tutela. Nel caso di specie, in particolare, la norma non potrebbe più considerarsi posta a tutela di una funzione amministrativa in grado di estrinsecarsi nelle forme tipizzate dalla norma incriminatrice, con una evidente violazione del principio di offensività.

¹² Si veda, al riguardo, T.A.R. Basilicata 17.10.2006 n. 723, secondo cui "il vizio di nullità (alla luce della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea n. 198 del 9.9.2003) risulta configurabile soltanto se l'atto e/o provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna incompatibile (e perciò disapplicabile secondo quanto statuito dalla predetta sentenza della Corte di Giustizia) con il diritto comunitario". Nonché, ancor prima, si veda Consiglio di Stato, 10.1.2003, n. 35, secondo cui "la forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario".

b6). Gli effetti della Direttiva ed il fenomeno della successione di leggi modificative.

Quest'ultima considerazione introduce una ulteriore riflessione, che è utile richiamare conclusivamente: riflessione che la formula oggi utilizzata per il proscioglimento non consente di spendere utilmente nel presente giudizio, ma che si richiama comunque per la sua valenza sul piano sistematico, che come tale fa premio finanche sulla sua riconosciuta ridondanza.

Si è prima evidenziato come la sanzione penale, nelle fattispecie delineate dall'art. 14 comma 5 *ter* T.U. Immigrazione, risponda all'esigenza di assicurare una tutela rafforzata allo strumento amministrativo, presidiandolo con lo strumento più efficace e pervasivo, quello penale appunto. E' peraltro ovvio che nel momento in cui l'intera struttura del procedimento amministrativo si pone in radicale conflitto con la norma europea fino al punto da andare incontro ad una ineluttabile non applicazione, l'eventuale permanenza del presidio della sanzione penale rappresenterebbe una aporia difficilmente sostenibile.

Questa riflessione, sul piano della argomentazione tecnica porta a ricondurre la sopravvenienza della norma europea nell'ambito del fenomeno dell'*abolitio criminis*, sul presupposto che la fattispecie incriminatrice richiami, implicitamente, le norme che disciplinano il procedimento amministrativo di cui il decreto prefettizio e l'ordine questorile sono espressione. In tal caso, la modifica delle norme richiamate dall'elemento normativo assurgerebbe al rango di un vero e proprio fenomeno successorio, dal momento che come affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione "l'art. 2 cod. pen. 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).

c). Il giustificato motivo.

Si è già rilevato come l'imputato abbia affermato di svolgere attività lavorativa come ambulante: attività che certamente non gli garantisce un reddito costante e comunque remunerativo. Significativa, in questo senso, è la circostanza che l'uomo abbia ammesso di riuscire a ricavare mensilmente soltanto circa 30 euro, al netto delle spese. Al riguardo la Pubblica accusa non ha dedotto, a fronte della allegazione dell'interessato circa la propria condizione di sostanziale impossidenza, alcun elemento utile ai fini della ricostruzione delle sue capacità reddituali. Tale circostanza, pertanto, consente di ritenere provata tale condizione, tanto più che la situazione di giustificato motivo va riferita al fatto che allo scadere dei cinque giorni concessigli dall'autorità amministrativa egli non fosse nelle condizioni per ottemperare e non alla circostanza che, successivamente, egli possa avere acquisito adeguate disponibilità economiche che gli avrebbero consentito il rimpatrio.

§5. Il proscioglimento.

Le considerazioni fin qui svolte impongono di ritenere che in presenza di una sequenza di provvedimenti amministrativi chiaramente illegittimi, ancorché per effetto del sopraggiungere della norma europea confliggente con le norme che fondano la potestà amministrativa, non possa che procedersi alla inapplicazione delle norme che disciplinano il procedimento amministrativo di espulsione (contenute in particolare agli artt. 13 e 14 T.U. 286/98) e, conseguentemente, alla disapplicazione amministrativa del decreto di espulsione (identificato con Cat. A 11/08 n. 619) emesso dal Prefetto della Provincia di Cagliari in data 3.11.2008 e dell'ordine di allontanamento del

Questore della Provincia di Cagliari (identificato come atto Cat. A 11/08 n. 576). La disapplicazione di entrambi i provvedimenti impedisce quindi di ritenere integrato il fatto materiale tipico del delitto contestato.

Inoltre, il mancato rimpatrio è comunque riconducibile all'esistenza di un "giustificato motivo", sicché anche sotto tale profilo deve escludersi la presenza di tutti gli elementi del fatto tipico.

In conclusione, l'imputato va quindi mandato assolto perché il fatto non sussiste.

PER QUESTI MOTIVI

Visto l'art. 530 cod. proc. pen.,

ASSOLVE

SILLA Mody dal reato ascrittogli perché il fatto non sussiste.

Cagliari, 14 gennaio 2011.

Il giudice
(dott. Carlo Renoldi)