

MOTIVAZIONE

All'odierna udienza il Tribunale, in via preliminare, ha rilevato che a seguito della modifica della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 6 comma 3 del D.lgs. 286/1998, apportata dalla D.L. 94/2009 il fatto in contestazione non è più previsto dalla legge come reato, e ha pertanto emesso conseguente declaratoria di improcedibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. L'odierno imputato soggiornava irregolarmente, all'epoca del fatto, nel territorio italiano. Nella precedente versione la norma contemplava un delitto omissivo proprio, il cui contenuto precettivo si sostanziava in un obbligo di esibizione alternativamente riferito alla intera serie di documenti (passaporto, altro documento di identità, permesso di soggiorno, altro documento attestante la regolare presenza sul territorio nazionale), elencati dalla disposizione e tutti connessi dalla copula disgiuntiva "o". Nella versione attualmente vigente il comma terzo dell'art. 6 punisce "lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato". Il testo della disposizione, per l'integrazione del reato, richiede, dunque, l'inottemperanza all'ordine di presentazione del passaporto o di altro documento di identificazione unitamente al permesso di soggiorno o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato. Perciò oggi è penalmente sanzionata la mancata esibizione, in via cumulativa di documenti identificativi e documenti costituenti titolo legittimante alla presenza nel territorio dello Stato, mentre la alternatività si esprime all'interno delle due predette categorie documentali.

Lo straniero clandestino è, per definizione, privo di permesso di soggiorno o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato; come tale versa in una condizione soggettiva che lo sottrae alla sfera dei possibili destinatari della norma.

Si ne conclude che, a seguito della novella legislativa del 2009, si è verificata una restrizione delle categorie dei destinatari del precetto di cui all'art. 6: la norma incriminatrice deducibile dalla nuova formulazione della disposizione non può che ritenersi astrattamente indirizzata, in via esclusiva, a quelle classi di stranieri che siano in grado di ottemperare al dovere di ostensione avente quale oggetto cumulativo (almeno un tipo di) documento identificativo ed (almeno un tipo di) documento legittimante il soggiorno nel territorio nazionale. Sono, pertanto, esclusi dal novero dei destinatari della norma di comando oggi vigente gli stranieri non regolarmente soggiornanti sul territorio, in quanto privi di un titolo legittimante da esibire. Deve, pertanto, ritenersi intervenuta una parziale *abolitio criminis*.

Quanto al capo B) si osserva che la fattispecie incriminatrice di cui all'articolo 14, comma 5 *ter*, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 [come anche quella di cui al successivo comma 5 *quater*] risulta incompatibile con la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, immediatamente applicabile in Italia dal 25 dicembre 2010, giacché il 24 dicembre 2010 è infruttuosamente scaduto il termine per la relativa attuazione da parte del legislatore nazionale.

Le citate norme incriminatrici, che sanzionano con la pena della reclusione lo straniero che, colpito dall'ordine di allontanamento del questore, non abbia lasciato il territorio nazionale entro il termine di cinque giorni, sono in effetti incompatibili, sotto diversi profili, con la normativa comunitaria perché introducono un trattamento deteriore per lo straniero, sotto il profilo della libertà personale, rispetto a quanto previsto e autorizzato in sede comunitaria.

L'incompatibilità va immediatamente rilevata anche dalla AG penale, che è tenuta, in forza dei Trattati e dello stesso articolo 11 della Costituzione, ad assicurare la diretta applicazione delle fonti UE dotate di effetto diretto, in uno con la corretta applicazione della normativa interna da interpretare in modo conforme

ai principi comunitari, derivandone, per quanto interessa, la diretta non applicazione [*rectius*, disapplicazione] delle norme incriminatrici incompatibili.

Che la direttiva *de qua* sia immediatamente operativa, con gli effetti di che trattasi [con esclusione sia della necessità di dover sollevare questione di legittimità costituzionale: cfr., per utili spunti, Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984; nonché le successive sentenze n. 389 del 1989 e n. 168 del 1991; e finanche esclusione della necessità di rinviare pregiudizialmente gli atti alla Corte di giustizia ex articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione], discende da una serie convergente di dati di fatto: è ormai perentorio invano il termine per la relativa attuazione da parte del legislatore nazionale; le indicazioni della direttiva, con riferimento al tema della libertà personale dello straniero, sono precise e non condizionate a successive precisazioni o [o correzioni] da parte del legislatore nazionale; gli effetti della direttiva sono chiaramente di favore per l'individuo nei confronti dello Stato inadempiente [sull'immediata applicazione, cfr., per utili spunti, Sezione III, 12 febbraio 2008, Kano; Sezione III, 12 febbraio 2008, Valentino, dove l'esplicito principio di diritto in forza del quale la normativa comunitaria "ad effetto diretto", in quanto contiene disposizioni precise e determinate, trova applicazione nel territorio dello Stato senza necessità di ulteriori interventi normativi dell'autorità nazionale; Sezione III, 1° luglio 1999, Valentini, laddove, per quanto interessa, si è affermato che le direttive comunitarie entrano immediatamente in vigore nel territorio dello Stato, quando sussiste il requisito dell'immediata applicabilità, ciò che si verifica qualora le direttive siano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, sì che i singoli possono farle "valere" dinanzi al giudice italiano nei confronti dello Stato, sia che questo non l'abbia tempestivamente recepita sia che l'abbia recepita in modo inadeguato, al fine di ottenere la disapplicazione della norma di diritto interno non conforme alla disciplina comunitaria].

Tale applicazione diretta, con conseguente disapplicazione della norma interna, non lascia alcun ragionevole dubbio interpretativo, onde esime dal dover sollecitare l'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia [cfr. Sezione III, 1° luglio 1999, Valentini; nonché, Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, in causa 283/81]

A conforto di tale soluzione non potrebbe valere come argomento contrario il richiamo alla soluzione interpretativa offerta dalla Cassazione nella vicenda della intervenuta adesione della Romania all'Unione europea, con il conseguente acquisto da parte dei rumeni della condizione di cittadini europei, ai fini della punibilità/non punibilità del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato commesso dagli stessi prima del 1° gennaio 2007 [cfr. Sezioni unite, 27 settembre 2007, Proc. gen. App. Genova in proc. Magera]. In tale occasione, la Corte ha concluso per la persistente rilevanza penale dei fatti progressi evocando l'inapplicabilità dell'articolo 2 c.p., rispetto a ordini legittimi al momento del fatto e a condotte criminose già consumatesi prima dell'ingresso della Romania nella UE, giacché qui il tema non riguarda solo l'ordine dell'autorità amministrativa, ma direttamente la stessa fattispecie incriminatrice basata sull'inottemperanza all'ordine. Quindi, non è solo un problema di valutazione della legittimità dell'ordine [che potrebbe essere comunque facilmente risolto invocando i principi di cui alla sentenza delle Sezioni unite, 23 maggio 1987, Tuzet], ma è un problema di di persistente legittimità [*sub specie*, della compatibilità con il diritto comunitario] della stessa fattispecie incriminatrice, in relazione al quale problema la disapplicazione è conseguenza necessitata.

La soluzione qui patrocinata e le ragioni a supporto di cui si è detto consentono di superare l'opposta interpretazione, che pure è stata sostenuta nei primi interventi giurisprudenziali, che vorrebbe salvaguardare gli ordini di espulsione adottati in epoca anteriore al 24 dicembre 2010 sul rilievo che si tratterebbe di ordini legittimi ed efficaci "con conseguente perfezionamento della fattispecie delittuosa": decisivo il rilievo sopra articolato sugli effetti della direttiva sulla fattispecie incriminatrice [e non tanto e non solo sugli ordini amministrativi che ne costituiscono il presupposto].

Poiché alla luce della elaborazione giurisprudenziale, sia comunitaria, che costituzionale il diritto dell'Unione Europea ha uno "status" di fonte prevalente (primauté) rispetto al diritto nazionale, compito del giudice nelle varie controversie pendenti (e non è esente la materia penale) è di dare applicazione alle fonti UE dotate di effetto diretto (fra cui rientrano le direttive che prevedono, anche solo in parte, misure "precise, chiare e incondizionate") nonché applicare il diritto nazionale in modo conforme alla lettera e agli scopi del diritto dell'Unione, all'occorrenza non applicando le norme interne con esso incompatibili. La Corte di giustizia, infatti, ha più volte dichiarato che spetta ai giudici nazionali interpretare "il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249 3° comma del Trattato" (Marleasing, sent. 13.11.1990 C-106/89). Ora, essendo inutilmente scaduto il termine riservato allo Stato italiano per attuare la direttiva, occorre prendere atto che:

- questa è estremamente precisa nell'indicare presupposti, modalità esecutive e termini massimi di compressione della libertà personale del cittadino di stato terzo soggetto a rimpatrio, sulle quali lo stato membro potrà intervenire nei dettagli, senza peraltro poter configurare in senso peggiorativo (tipologia e durata) il quadro della detenzione previsto dalla direttiva;
- dalla sua applicazione discendono effetti giuridici favorevoli all'individuo (c.d. effetto verticale) dal momento che la direttiva mira a garantire allo straniero una sfera non comprimibile di libertà personale, che invece viene compressa, per le ragioni già sinteticamente esposte, dalle vigenti norme incriminatrici in materia di espulsione.

La norma incriminatrice contestata in rubrica deve, quindi, essere disapplicata giudice, senza che occorra sollevare incidente di legittimità costituzionale dal momento che compete al giudice comune dirimere la questione di compatibilità di una norma nazionale con le disposizioni di una direttiva provvista, come quella in esame, quantomeno per la parte relativa alla libertà personale dello straniero oggetto di rimpatrio, di effetto diretto (Corte Cost. ordinanza 5.11.2008 n. 415).

Nella sentenza n.389 del 1989 la Corte Costituzionale modificava il lessico usato per spiegare il fenomeno (non più "non applicazione", ma "disapplicazione"), in quanto asseriva che vi è "immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili", che la norma interna e quella comunitaria sono contemporaneamente vigenti, ancorché reciprocamente contrastanti, per cui, allo scopo di procedere all'applicazione della prevalente norma comunitaria, è necessario procedere alla "disapplicazione" della norma di grado inferiore da parte del giudice nazionale (nella sostanza, il contrasto veniva risolto ammettendo la "nullità" della norma interna, peraltro vigente in tutti quei rapporti non rientranti direttamente nell'effetto di giudicato della pronuncia del giudice che ne opera la disapplicazione).

Va detto, infine, che nella fattispecie in esame si verte in un caso di incompatibilità parziale fra norma penale interna e diritto comunitario, dal momento che la fattispecie penale in oggetto resta perfettamente compatibile con la direttiva UE in materia di respingimento.

Si tratta a questo punto di verificare se alla conclusione esposta si possa pervenire nel caso in esame, dal momento che la procedura di rimpatrio si è esaurita quando non era ancora spirato il termine riservato allo Stato italiano per adeguare ad essa la legislazione interna. Non v'è dubbio che la condotta antigiusuridica abbia avuto inizio quando la direttiva non aveva ancora vigore in Italia; il reato contestato all'imputato ha carattere permanente o la condotta conforme alla fattispecie dell'art. 14 co. 5 ter t.u. immigrazione è cessata il giorno 25.12.2010, dal momento che, da quanto si è osservato, la norma in oggetto da tale data non è più applicabile

alla fattispecie in esame per contrasto con norme della direttiva comunitaria dotate di effetto diretto. Conseguentemente il segmento di condotta proseguita durante la operatività della direttiva comunitaria non è più reato.

Il fenomeno della disapplicazione della fattispecie incriminatrice non sembra condurre ad un effetto abrogativo implicito derivante dal contrasto con norma sovraordinata e dichiarato dal giudice penale: infatti la norma interna rimane in vigore nell'ordinamento e troverà applicazione in tutti i casi non coperti dalla norma comunitaria nonché nell'ipotesi in cui la norma comunitaria venga abrogata. Auspicabile sarebbe, comunque, un intervento del legislatore, come sollecita la Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 389, nell'ottica della certezza del diritto, assoggettando a modifica o ad abrogazione espressa la norma interna disapplicata, allo scopo di depurare l'ordinamento interno "da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie".

Da taluno si è affermato che la norma comunitaria si atteggia come causa di giustificazione che opera per effetto delle clausole generali che rendono operante l'esercizio del diritto o l'adempimento di un dovere nei singoli ordinamenti interni, dal momento che una scriminante può trovare la propria fonte in una qualsiasi norma dell'ordinamento (in sostanza l'offesa tipica secondo la norma interna sarebbe scriminata da altra norma). La tesi non sembra condivisibile dal momento che l'operazione ermeneutica riservata al giudice è semplicemente quella di accertare se si è o meno al di fuori del fatto-reato: una condotta che, alla stregua della norma comunitaria prevalente su quella interna, esula all'origine dalla sfera penale, non necessita di una causa che la scrimini.

Nella legislazione penale italiana la situazione di fatto per cui una condotta penalmente rilevante ad un certo punto diventa lecita è regolata dall'art. 2 co.2 c.p. che recita: "nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato". Nella specie, per effetto del prevalere delle norme della direttiva comunitaria ad effetto diretto, vigente in Italia dal 25.12.2010, alla fattispecie in esame non è più applicabile la norma interna di cui all'art. 14 comma 5 quater D. Lvo. 286/98.. A questa conclusione si ritiene di pervenire in stretta osservanza agli insegnamenti della importante sentenza pronunciata "in subiecta materia" dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 2451 del 27.9.2007). Ivi è stato precisato che si esula 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"; nel caso nostro, invece, è intervenuta una restrizione della fattispecie incriminatrice in quanto non più tutte le condotte astrattamente rientranti nella fattispecie di reato restano tali, una parte essendo diversamente regolata dalla direttiva 2008/115/CE.

P.Q.M.

Visto l'art. 129 C.P.P.

Dichiara non doversi procedere nei confronti di [REDACTED] perché i fatti a lui ascritti non sono più previsti dalla legge come reato.

Bologna 20.1.11

Depositate in udienza

20 GEN. 2011

IL CANCELLIERE (11)
Dott.ssa Paola Barroca



Il Giudice Dott. Rita Zaccariello