

N. 11050/11



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE PENALE

Udienza pubblica
18 febbraio - 8 marzo 2011

R.G.N. 35684/ 2010

ordinanza n. sez.
.....

Composta da

Severo Chieffi	- Presidente -
Enzo Iannelli	- consigliere rel. -
M. Stefania Di Tomassi	- consigliere est. -
Antonella Patrizia Mazzei	- consigliere -
Lucia La Posta	- consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da Demba NGAGNE, sedicente

– in base a sua dichiarazione nato a Libreville, Gabon il 31.12.1992; in base all'età ossea maggiorenne al momento dei fatti –,

avverso la sentenza emessa in data 7 maggio 2010 dalla Corte d'appello di Torino.

Visti gli atti, la sentenza impugnata, il ricorso;

Udita la relazione svolta dal consigliere Enzo Iannelli;

Udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Maria Giuseppina Fodaroni, che ha concluso chiedendo l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.

Ritenuto in fatto

Il processo di merito

1. – Il giorno 13 novembre 2009 Demba Ngagne veniva arrestato a Torino da personale della Polizia di Stato perché non aveva ottemperato all'ordine di lasciare entro cinque giorni il territorio nazionale, impartitogli il 23 agosto 2009 dal Questore di Torino ai sensi dell'art. 14, comma 5-*bis*, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (recante il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”). Demba Ngagne aveva già ricevuto analoghe intimazioni in data 3 settembre 2008 e 29 ottobre 2008, entrambe non ottemperate, ed era stato condannato per la violazione della prima, accertata il 18 ottobre 2008, con sentenza di applicazione della pena (art. 444 del codice di procedura penale) in data 28 ottobre 2008.
 - 1.1 - Il Pubblico ministero contestava a Demba Ngagne il reato di cui il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, aggravato dalla recidiva specifica e infraquinquennale (ai sensi dell'art. 99 del codice penale, secondo comma, lettere *a* e *b*, e terzo comma) e disponeva che l'arrestato venisse portato dinanzi al giudice del dibattimento per la convalida dell'arresto, per la emissione nei suoi confronti della misura della custodia cautelare in carcere e per il giudizio direttissimo, ai sensi degli artt. 449 e seguenti del codice di procedura penale.
 - 1.2 - Il 16 novembre 2009 il Tribunale monocratico di Torino convalidava l'arresto; sottoponeva l'imputato alla misura coercitiva dell'obbligo di presentazione alla Polizia (art. 282 cod. proc. pen.), con frequenza quotidiana; disponeva su richiesta dell'imputato che si procedesse con giudizio abbreviato (artt. 438 – 442 cod. proc. pen.). All'esito del giudizio, con sentenza dello stesso giorno 16 novembre, il Tribunale dichiarava Demba Ngagne responsabile del reato contestato e lo condannava alla pena di otto mesi di reclusione.
 - 1.3. - L'imputato proponeva appello a mezzo del suo difensore. Con sentenza pronunciata il 7 maggio 2010, depositata il 20 maggio successivo, la Corte d'appello di Torino confermava la condanna.

(Le motivazioni della condanna)

2. – Le ragioni poste a fondamento delle decisioni dei giudici di merito, che essendo conformi si integrano, sono le seguenti:
 - 2.1. - Demba Ngagne era stato in passato invitato ad allontanarsi dal territorio nazionale con ordine di allontanamento volontario del 3 settembre 2008; era stato condannato a sette mesi di reclusione con sentenza di applicazione della pena in data 28 ottobre 2008 per il reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286 del 1998, accertato il 18 ottobre 2008,

perché non aveva ottemperato a detto ordine; il 29 ottobre 2008 era stato raggiunto da un secondo ordine di allontanamento volontario; in data 23 agosto 2009 [dopo l'entrata in vigore della legge 15 luglio 2009, n. 94] era stato emesso nei suoi confronti nuovo ordine di allontanamento, che ancora una volta non aveva ottemperato e per la cui violazione era stato arrestato;

- 2.2. - Demba Ngagne era maggiorenne all'epoca dei fatti, come accertato mediante esame osseo; l'ordine di lasciare l'Italia entro cinque giorni era stato regolarmente emesso il 23 agosto 2009 dal Questore in base a decreto di espulsione del Prefetto dello stesso giorno; i due provvedimenti rispettavano la normativa vigente ed erano stati notificati all'imputato tradotti in lingua francese, da lui conosciuta;
- 2.3. - la norma incriminatrice applicabile per la violazione all'ultimo ordine di allontanamento era l'art. 14, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 286 del 1998, modificato dalla legge n. 94 del 2009, che non prevedeva come causa di esclusione della responsabilità l'esistenza di un giustificato motivo; tuttavia, anche a ritenere in via interpretativa implicita tale condizione, nessun giustificato motivo poteva essere ravvisato nel caso di Demba Ngagne, secondo la giurisprudenza consolidata il "giustificato motivo" non poteva essere confuso infatti con il mero disagio economico derivante dalla condizione di migrante; lo straniero non era del tutto indigente perché svolgeva attività di venditore ambulante; non s'era neppure rivolto al suo consolato chiedendo un aiuto economico per il rientro in patria;
- 2.4. - l'art. 14 d.lgs. n. 286 del 1998 era stato modificato con la legge del 15 luglio 2009, n. 94, e la giurisprudenza secondo cui dopo la condanna per l'inottemperanza a precedente ordine di allontanamento volontario l'espulsione non poteva essere eseguita mediante nuovo ordine di allontanamento volontario, in base alla quale la difesa contestava la sussistenza della fattispecie del comma 5-*quater*, non poteva trovare applicazione perché si riferiva a precedente formulazione della norma incriminatrice (e delle altre di riferimento).

Il ricorso

3. – Demba Ngagne ha proposto ricorso personalmente avverso la sentenza di appello e ne ha chiesto l'annullamento per mancanza di motivazione e per insussistenza del fatto.

Afferma:

- 3.1. - che l'ordine di allontanamento volontario del 23 agosto del 2009 era da disapplicare perché, non essendo stato acquisito il precedente ordine del 3 settembre 2008, sul quale si basava, non era possibile stabilirne la legittimità; l'ordine di allontanamento volontario può essere emanato difatti soltanto se non è possibile eseguire coattivamente l'espulsione, immediatamente o previo trattenimento in un centro, e tale impossibilità deve essere adeguatamente motivata; che nel caso in esame non era possibile invece

accertare se i precedenti ordini di allontanamento volontario erano adeguatamente motivati; mentre l'ultimo ordine recava una motivazione prestampata, che non poteva considerarsi legittima;

- 3.2. - Demba Ngagne era privo di documenti e non poteva procurarsi, perciò, un valido documento di viaggio;
- 3.3. - gli atti amministrativi erano stati tradotti soltanto in francese, lingua che Demba Ngagne non conosceva adeguatamente.
- 3.4. Il 1° febbraio 2011 il difensore d'ufficio dell'imputato ha depositato una memoria integrativa, con la quale insiste nei precedenti motivi e deduce anche:
 - a) - che nel frattempo era stata pronunciata la sentenza n. 359 del 2010 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dalla legge n. 94 del 2009, nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario sia punita nel solo caso che abbia luogo «senza giustificato motivo», secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*;
 - b) - che in dibattimento all'imputato era stata negata l'assistenza di un interprete di lingua francese, che si sosteneva a lui nota, ed era stato nominato un interprete di dialetto sconosciuto all'imputato.

Le richieste del Procuratore generale

4. – Il Procuratore generale ha chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non sussiste. Ha motivato tale richiesta sostenendo che la norma incriminatrice o, comunque, la disciplina dell'espulsione che ne costituisce il presupposto, è in contrasto con la Direttiva 2008/115/CE, a suo avviso autoapplicativa dopo la scadenza dei termini di recepimento.

Considerato in diritto

1. – La decisione del ricorso proposto dall'imputato richiede che siano risolti in via pregiudiziale i dubbi di interpretazione della normativa comunitaria evocata dal Procuratore generale.

Diritto nazionale

(La normativa interna)

2. – La normativa interna essenziale è riportata, per alleggerire la lettura, nel **I. Allegato** alla presente ordinanza.

Qui è sufficiente ricordare che la norma incriminatrice (articolo 14, comma 5-*quater* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, integrato da ultimo con legge 15 luglio 2009, n. 94), così dispone:

- Articolo 14 -

1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione e di espulsione più vicino [...].

*5-bis ***. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza.

*[**comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009]*

*5-ter****. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma *5-bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere *a)* e *c)*, ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma *5-bis*. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e *5-bis* del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.

*[**comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009]*

5-quater***. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma *5-ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma *5-bis*, che continua a

permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.

[*** comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009]

[...]

(La lettura della disciplina interna)

3. – Vanno tuttavia delineate in estrema sintesi le linee portanti della disciplina nazionale di riferimento, perché la sua comprensione appare complicata dall'affastellamento di interventi normativi e da un fitto intreccio di rinvii interni.

3.1. - Il decreto legislativo n. 286 del 1998, reca il Testo unico delle disposizioni in materia d'immigrazione (d'ora in avanti T.U. imm.) e si riferisce, a norma dell'art. 1, comma 1, esclusivamente ai cittadini extracomunitari. Venne emanato dal Governo in base alla delega conferita dall'art. 47, comma 1, legge 6 marzo 1998, n. 40. Le disposizioni degli artt. 13, 14, 15 e 16 costituivano la trasposizione degli artt. 11, 12, 13 e 14 legge 6 marzo 1998, n. 40.

La legge n. 40 del 1998 all'art. 1 si definiva applicabile ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, in attuazione dell'art. 10 Cost. (che dispone «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»). Detta legge sostituiva, abrogandoli (*ex art.* 46, comma 1, lettera *e*), gli articoli 2 e seguenti decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39: disposizioni già modificate e integrate dalla legge 30 settembre 1993, n. 388, di ratifica dell'Accordo di Schengen e della Convenzione di applicazione.

Il T.U. imm. ha subito un primo radicale intervento riformatore ad opera della legge 30 luglio 2002, n. 189, ed è stato oggetto nel tempo di tali e tanti aggiustamenti, specialmente in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, da far dire alla Corte costituzionale – che pure ha ritenuto di non potere sindacare la scelta delle pene e la commisurazione della differente gravità dei reati – che «il quadro normativo [...], risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa» (sentenza n. 22 del 2007).

3.2. - Il T.U. imm. ha comunque sempre mantenuto nel suo impianto espulsioni “amministrative” e espulsioni cosiddette “giurisdizionali”.

Le espulsioni amministrative, disposte con provvedimento non giurisdizionale (del ministro o del prefetto) e sottoposte a controllo giurisdizionale, sono disciplinate dagli

artt. 13 e 14.

L'espulsione può essere disposta dal ministro (art. 13, comma 1) se ricorrono «motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato»; in tal caso prescinde dalla “regolarità” dell'ingresso o della permanenza nel territorio dello Stato ed è giustificata.

L'espulsione può essere quindi disposta dal prefetto:

- nel caso in cui lo straniero, anche regolarmente soggiornante, appartenga a una delle categorie di persone pericolose per le quali è prevista l'applicabilità di misure di prevenzione (art. 13, comma 2 lettera c));

- ovvero nei casi in cui lo straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera o si è trattenuto nel medesimo territorio senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto ovvero con permesso di soggiorno revocato, annullato o scaduto da più di sessanta giorni senza averne chiesto il rinnovo (art. 13, comma 2, lettere a) e b)).

3.3. - Le espulsioni disposte dal giudice sono nel T.U. imm.:

- l'espulsione come misura di sicurezza (art. 15), che consegue ad una condanna per reati di una certa gravità (delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza) ed è subordinata, come tutte le misure di sicurezza previste dal codice penale, all'accertamento della pericolosità sociale del condannato;

- le espulsioni come “sanzione sostitutiva” (art. 16, comma 1) e come “sanzione alternativa” (art. 16, comma 5, come sostituito dalla legge 30 luglio 2002, n. 189), che prescindono invece dalla pericolosità e presuppongono anzi che la condanna non si riferisca a delitti ritenuti di estremo allarme (quelli elencati nell'art. 407, comma 2, lettera a, del codice di procedura penale) né ai delitti previsti dal T.U. imm.

3.4. - La Corte costituzionale, respingendo i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nel tempo in relazione alle espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva e di sanzione alternativa (art. 16), ha affermato che in entrambi i casi si tratta in realtà di misura che «pur se disposta dal giudice, si configura come una misura di carattere amministrativo» cui consegue, se ottemperata, l'estinzione della pena e se violata il risorgere della pretesa punitiva; ciò comportando la «sostanziale sovrapposizione» fra espulsioni disposte dal prefetto e dal giudice nei confronti del cittadino extracomunitario che è entrato o soggiorna irregolarmente nel territorio dello Stato, eseguibili dal questore secondo le procedure previste dagli artt. 13 e 14 del T.U. imm. (C. cost. ordinanze numeri 369 del 1999 e 226 del 2004).

Il profilo rilevante in questa sede è che le espulsioni disciplinate dal T.U. imm. si distinguono per natura o disciplina, ma la differenza non dipende affatto esclusivamente dall'essere state disposte da autorità amministrativa o giurisdizionale, neppure se seguono ad una condanna.

3.5. - In base agli artt. 13 e 14 del T.U. imm., il provvedimento di espulsione è eseguito dal

questore di regola, ovverosia con priorità (la norma dice “sempre”, salvi i casi di espulsione per permesso scaduto), mediante accompagnamento coattivo immediato alla frontiera (art. 13 comma 4), soggetto a convalida giurisdizionale. Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2004 e del d.l. 14 settembre 2004, n. 241, il provvedimento di espulsione diviene esecutivo solo quando è convalidato.

3.6. - Nel sistema originario del T.U. l'espulsione dello straniero avveniva di regola mediante intimazione del questore a lasciare il territorio nazionale (art. 13, comma 6), mentre l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, costituiva un'eccezione, prevista essenzialmente nei casi di particolare pericolosità dello straniero (art. 13, comma 4). Non era inoltre prevista alcuna specifica sanzione penale per lo straniero inadempiente all'intimazione, essendo soltanto stabilito che in tal caso si sarebbe provveduto con accompagnamento coattivo (art. 13, comma 4, lettera a).

3.7. - Con le modifiche introdotte dalla legge del 30 luglio 2002, n. 189, il legislatore ha invece previsto, ribaltando la logica originaria, che l'espulsione sia di regola eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, comma 4). L'accompagnamento alla frontiera è divenuto così la forma ordinaria di esecuzione dell'espulsione amministrativa, salvo che per l'ipotesi di straniero già titolare di permesso di soggiorno che sia scaduto da più di sessanta giorni e che non sia stato rinnovato (art. 13, comma 5).

Nell'ipotesi in cui non è possibile eseguire immediatamente l'espulsione coattiva mediante accompagnamento alla frontiera (per la necessità di soccorrere lo straniero, di accertare la sua identità o nazionalità, di acquisire i documenti di viaggio, per indisponibilità del vettore), l'art. 14 prevede che lo straniero è trattenuto presso un “centro” (ora “di identificazione ed espulsione”) in base a un provvedimento del questore soggetto a convalida giudiziale. Il termine massimo di tale trattenimento era all'inizio fissato in venti giorni più un'eventuale proroga di dieci giorni; era stato quindi portato dalla legge n. 189 del 2002 fino a trenta giorni, prorogabili di altri trenta.

3.8. - La legge n. 94 del 2009 ha in aggiunta introdotto nell'art. 14, comma 5, T.U. imm., la previsione che, scaduti i primi sessanta (30 più 30) giorni, in caso di “mancata cooperazione al rimpatrio” dello straniero o di ritardi nell'ottenimento della documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice la proroga del trattenimento per sessanta giorni e, se questi non sono stati sufficienti a provvedere all'espulsione nonostante ogni ragionevole sforzo, per altri sessanta giorni: il termine massimo non può essere superiore comunque a centottanta giorni.

3.9. - Soltanto se non è stato possibile eseguire l'accompagnamento coattivo e neppure è possibile trattenere lo straniero presso un centro, oppure se i termini di permanenza sono trascorsi senza che l'espulsione abbia avuto luogo, è consentito procedere in via sussidiaria all'espulsione mediante intimazione del questore a “lasciare il territorio dello

Stato entro il termine di 5 giorni” (art. 14, comma 5-*bis*). La violazione “senza giustificato motivo” di tale ordine di allontanamento è sanzionata penalmente dall’art. 14, comma 5-*ter*.

E’ da sottolineare che nel linguaggio del T.U. imm. il termine “allontanamento” non contraddistingue affatto l’allontanamento coattivo, definito “accompagnamento coattivo”, ma è riferito in genere all’allontanamento volontario: quello appunto di cui al comma 5-*bis* dell’art. 14. La norma, inoltre, parla testualmente di ordine di “lasciare il territorio dello Stato”, non esplicitamente di rimpatrio. La giurisprudenza di questa Corte ha affermato che al fine di verificare l’esistenza di un “giustificato motivo”, le difficoltà incontrate dallo straniero vanno paramtrate alla possibilità di ritorno nel paese d’origine o in paese disposto ad accogliere lo straniero. Ciò non toglie che, per il principio di tassatività, ai fini penali lo straniero non può considerarsi inadempiente se ha lasciato il territorio italiano per entrare in quello di altro Stato membro nel quale è parimenti irregolare, anche se il risultato così conseguito dalla norma incriminatrice non sembra conforme al diritto dell’Unione.

- 3.10. - Secondo la formulazione introdotta dalla legge n. 189 del 2002, la sanzione era «l’arresto da 6 mesi a 1 anno». «In tale caso», proseguiva il comma 5-*ter* dell’art. 14, «si procede a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera mezzo della forza pubblica». Il comma 5-*quater* prevedeva quindi che lo straniero così espulso che venisse trovato sul territorio nazionale, fosse punito con la reclusione da uno a quattro anni. Era previsto (comma 5-*quinqies*) l’arresto obbligatorio in flagranza e il giudizio direttissimo (forma accelerata di presentazione dell’arrestato al giudice per la convalida dell’arresto e il giudizio).
- 3.11. - A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del luglio 2004, che aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale della previsione dell’arresto obbligatorio per l’ipotesi contravvenzionale dell’art. 14, comma 5-*ter*, il legislatore è intervenuto con il decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, convertito con modificazioni nella legge 12 novembre 2004, n. 271, trasformando la contravvenzione in delitto e prevedendo la reclusione da uno a quattro anni per l’ipotesi dell’art. 14 comma 5-*ter*; la reclusione da uno a cinque anni per l’ipotesi del comma 5-*quater*. Con il medesimo intervento normativo si sostituiva l’espressione «in tale caso», che collegava nel comma 5-*ter* la nuova espulsione coattiva all’accertamento del fatto-reato, con l’espressione «in ogni caso».
- 3.12.- La giurisprudenza fissava alcuni punti.
- a) L’ordine del questore allo straniero di lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato segue il decreto di espulsione del prefetto e presuppone che non sia stato possibile eseguire tempestivamente l’espulsione e neppure trattenere lo straniero presso un centro di permanenza, ovvero che siano trascorsi i termini di permanenza (Sezioni unite,

sentenza n. 2451 del 27 settembre 2007, Magera). L'ordine deve essere motivato in relazione a tale impossibilità; la mancanza di motivazione ne comporta l'illegittimità e rende non configurabile la violazione prevista come reato; l'esistenza di un ordine legalmente dato in base alla normativa vigente al momento della sua emanazione è presupposto della norma incriminatrice.

- b) La clausola del giustificato motivo funge da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo ed opera allorché l'osservanza del precetto appare – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione – concretamente “inesigibile” (Corte cost., sentenza n. 5 del 2004, ordinanze n. 80 e n. 302 del 2004, ordinanza n. 286 del 2006, sentenza n. 22 del 2007, ordinanza n. 417 del 2008). Essa opera soltanto in presenza di «situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche ad esigenze che riflettano la condizione tipica del "migrante economico", sebbene espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime» (Corte cost., sentenza n. 5 del 2004).
- c) Si consolidava inoltre una interpretazione giurisprudenziale (tra molte: Cass. pen., sez. 1, sentenza n. 1052 del 14.12.2005, Shumska; sez. 1, n. 15260 del 12.4.2006, Batista; sez. 1, n. 46240 del 4.12.2008, Obi; sez. 6, n. 9073 del 17.12.2009, Lazhari) secondo cui, dopo la commissione di un primo reato *ex art. 14, comma 5-ter*, non poteva configurarsi una seconda analoga violazione, potendo la nuova espulsione essere eseguita solo mediante accompagnamento alla frontiera.

3.13. - Con la legge n. 94 del 2009, il legislatore ha allungato, come si è detto, i tempi del trattenimento portandoli ad un massimo di centottanta giorni, ed ha inciso sul sistema repressivo penale sostituendo, oltretutto riscrivendo, i commi *5-bis*, *5-ter*, *5-quater* dell'art. 14 del T.U. imm.

Le modifiche (evidenziate nel corpo delle norme prima riportate) inaspriscono le pene; estendono le ipotesi in cui la violazione dell'ordine di allontanamento volontario costituisce delitto; espressamente prevedono la reiterazione dell'intimazione all'allontanamento volontario dopo la violazione di un precedente ordine di allontanamento volontario. La riformulazione dell'art. 14, comma *5-quater*, comporta così in particolare che la violazione della successiva intimazione integra un ulteriore delitto punibile con la reclusione da uno a cinque anni, che – perlomeno stando al tenore letterale – potrebbe addirittura ipotizzarsi ripetibile all'infinito.

Sempre la legge n. 94 del 2009 ha introdotto inoltre, da un lato nel T.U. imm. il reato di cui all'art. *10-bis*, punito soltanto con l'ammenda; dall'altro nell'ambito del comma 1 dell'art. 16 del medesimo T.U. la previsione della sanzione sostitutiva dell'espulsione in caso di condanna per il reato di cui all'art. *10-bis* e, nell'ambito delle sanzioni applicabile dal giudice di pace competente a conoscere di tale contravvenzione, analoga

previsione della sostituzione dell'ammenda con la sanzione dell'espulsione ai sensi dell'art. 16 del T.U. imm. (art. 62-*bis* d. lgs. n. 274 del 2000).

- 3.14. - La Corte costituzionale con la sentenza n. 250 del 2010 (e innumerevoli ordinanze a seguire) ha escluso ogni profilo d'illegittimità costituzionale per il reato previsto dall'art. 10-*bis*. Con la sentenza n. 359 del 2010, richiamata anche nella memoria del ricorrente, ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quater*, come modificato dalla legge n. 94 del 2009, nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario sia punita nel solo caso che abbia luogo «senza giustificato motivo», secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*.

Necessità della questione pregiudiziale

4. – In punto di rilevanza va evidenziato che, stando al solo diritto interno, il ricorso dovrebbe essere rigettato.
- 4.1. - La legittimità del primo ordine di allontanamento volontario risulta accertata con la sentenza che in data 28 ottobre 2008 ha applicato all'imputato la pena patteggiata di sette mesi di reclusione per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-*ter* d. lgs. n. 286 del 1998. La contestazione sul punto è del tutto generica.
- 4.2. - Il secondo ordine è stato sufficientemente motivato considerando, quanto all'impossibilità di eseguire l'espulsione, che l'imputato era “sedicente” e mancava “un valido documento per l'espatrio”; quanto all'impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, che vi era “indisponibilità di posti”. Tanto bastava a dare ragione dell'esistenza dei presupposti che costituivano condizione di validità dell'atto, senza che occorressero spiegazioni ulteriori.
- 4.3. - La circostanza che l'imputato fosse (e sia) “sedicente” non è sufficiente ad integrare un “giustificato motivo”, perché incombeva su di lui allegare che era incolpevolmente privo di documenti d'identità, mentre non ha mai indicato circostanze specifiche idonee a dimostrare che i documenti gli erano stati negati o sottratti o che li avesse perduti. Inoltre le sentenze di merito hanno correttamente evidenziato che l'imputato ha ammesso di non essersi mai recato al Consolato del suo paese per ottenere ausilio per il rimpatrio.
- 4.4. - Il francese è la lingua ufficiale del Gabon e la lingua di comunicazione tra le molte etnie. I giudici di merito hanno affermato che l'imputato era in grado di comprendere tale lingua e che era in Italia da molti anni, e questo è il risultato di un accertamento di fatto plausibile, non sindacabile nel giudizio di legittimità. La deduzione oggetto della memoria difensiva in data 1° febbraio 2011, secondo cui in giudizio all'imputato era stata negata l'assistenza di un interprete di lingua francese ed era stato nominato un interprete di un idioma dialettale e a lui sconosciuto, è in contrasto sia con le censure

svolte in tema di lingua conosciuta nel ricorso sia con il fatto che analoga doglianza sulla inidoneità dell'interprete nominato non è stata tempestivamente prospettata al giudice del merito.

4.5. - La sentenza n. 359 del 2010 della Corte costituzionale non rileva nel caso di specie, perché il Tribunale aveva già escluso, in fatto, che ricorressero motivi di giustificazione riconducibili alla nozione normativa del “giustificato motivo”: motivi cioè diversi da quelli legati alla normale condizione di difficoltà del migrante economico, in conformità alla linea interpretativa indicata al punto 3.12.a.

4.6. - La condanna potrebbe dunque essere annullata soltanto se si ritenesse che le disposizioni del diritto interno, regolanti l'espulsione mediante intimazione e le conseguenze collegate alla condotta di inottemperanza a detta intimazione, sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea, in particolare con la Direttiva 2008/115/CE, secondo la lettura che di essa ha dato il Procuratore generale nella sua requisitoria orale.

Presupponendo tale verifica l'interpretazione del diritto dell'Unione, questa Corte di ultima istanza ha il dovere di investire pregiudizialmente la Corte di giustizia.

Diritto dell'Unione

(Le norme)

5. – I quesiti interpretati investono gli articoli 2, par. 2, lettera b); 7, par. 1 e 4; 8, par. 1 e 4; 15, par. 1, 4, 5 e 6, della 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, pubblicata in *G.U.* del 24.12.2008, in vigore dal 13 gennaio 2009.

Coinvolgono altresì, quali norme di comparazione, gli articoli 3; 7, par. 2 e 3; 8, par. 2 e 3; 16, 21 della Direttiva 2008/115/CE; l'articolo 23 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, sostituito dalla Direttiva; l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo cui la direttiva può mediatamente considerarsi ispirata.

Tutte le disposizioni evocate sono riportate nel **II Allegato**.

(Il risultato che la direttiva intende realizzare)

6. – La direttiva richiama in premessa, nei primi tre “*considerando*”: il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, in tema di approccio coerente in materia di migrazione e asilo e politica comune per l'immigrazione legale, nonché di lotta contro l'immigrazione clandestina; il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, in tema di norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità; i “Venti orientamenti sul rimpatrio forzato”, adottati il 4 maggio 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM(2005)40, in adesione alle conclusioni dei Consigli prima indicati).

- 6.1. - A illustrazione del sesto, settimo e ottavo principio dei “Venti orientamenti”, il commento ufficiale (CM(2005)40 *Addendum* finale, 20 maggio 2005), osservava che essi si fondavano direttamente sull’articolo 5 della Convenzione EDU e richiamava la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proporzionalità, ragionevole durata, obiettiva giustificazione della detenzione a qualsiasi titolo imposta.
- 6.2. - Nel prosieguito, sempre nei “*considerando*”, la Direttiva così esplicita priorità, ragioni di tutela, finalità, che ispirano le regole dettate nell’articolato normativo:
- (10) Se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria. [...].
- (11) Occorre stabilire garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio per l’efficace protezione degli interessi delle persone interessate. [...].
- (12) È necessario occuparsi della situazione dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare ma che non è ancora possibile allontanare. Le condizioni basilari per il loro sostentamento dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale. Affinché possano dimostrare la loro situazione specifica in caso di verifiche o controlli amministrativi, tali persone dovrebbero essere munite di una conferma scritta della loro situazione. [...].
- (13) L’uso di misure coercitive dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti. [...].
- [...]
- (16) Il ricorso al trattenimento ai fini dell’allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l’allontanamento e se l’uso di misure meno coercitive è insufficiente.
- 6.3. - Pare dunque evidente che la Direttiva tende a conciliare:
- da una parte, il diritto degli Stati membri di controllare l’ingresso e il soggiorno degli stranieri nel loro territorio e a prevenire in modo efficace illeciti e abusi in materia di immigrazione e asilo;
 - dall’altra, il rispetto dei principî di ogni Stato di diritto in tema di restrizione della libertà personale, da considerare rimedio ultimo cui ricorrere nel modo meno coercitivo possibile e solo in caso di effettiva necessità; nonché, unitamente, il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti e delle garanzie loro accordate dal diritto internazionale pattizio e dalla Convenzione dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.
- 6.4. - In quest’ottica, la regola secondo cui deve essere privilegiato e preferito il rimpatrio volontario, con impegno dello Stato a renderne effettiva la possibilità, appare al Collegio intimamente legata alle disposizioni che concernono le durate massime del

trattenimento, previste dall'art. 15, par. 5 e 6, della Direttiva. Comune sembra la funzione di controllo al potere degli Stati membri di usare indiscriminatamente la forza e la coazione per impedire ingresso e soggiorno sul loro territorio dei migranti economici "irregolari".

- 6.5. - Nella sentenza 30 novembre 2009, *Kodzoev*, la Corte di giustizia ha ricordato che la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento (né, dunque, limite) nella Direttiva 2008/115/CE. Ma ha ribadito anche che «quando è raggiunta la durata massima di trattenimento prevista all'art. 15, n. 6, della direttiva 2008/115, non si pone la questione se non esista più una "prospettiva ragionevole di allontanamento", a norma del n. 4 dello stesso articolo. In un caso del genere la persona deve comunque essere immediatamente rimessa in libertà».

Pare chiaro, dunque, che la Direttiva, mentre non si occupa dello straniero allontanato per ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza ("pericoloso"), persegue un risultato di tutela del migrante "economico" irregolare prescrivendo il ricorso prioritario al suo rimpatrio volontario e autorizzando misure restrittive, entro rigorosi limiti temporali e modali, solo in caso di mancanza di sua cooperazione e di effettiva necessità a fini di rimpatrio. Ai fini dell'eventuale disapplicazione della norma incriminatrice, questa Corte nazionale ha tuttavia necessità che vengano precisati l'ambito effettivo e l'ampiezza di tale tutela.

Questioni interpretative

(Applicabilità nell'ordinamento interno)

7. – La prima questione che va posta concerne l'efficacia per l'ordinamento italiano della Direttiva 2008/115/CE, o meglio delle disposizioni che assumono rilevanza nel caso in esame, in mancanza di una legge espressa di trasposizione entro il termine del 24 dicembre 2010, da essa previsto.
- 7.1. - Si sostiene da parte della dottrina italiana e da molti giudici del merito che la Direttiva avrebbe efficacia diretta ai fini che qui interessano quantomeno laddove: (a) afferma che gli Stati membri devono privilegiare il rimpatrio volontario; (b) prevede quale unica conseguenza rilevante, in termini di restrizione della libertà, della mancata collaborazione dello straniero al rimpatrio volontario, l'allontanamento coattivo o il trattenimento amministrativo in vista dell'esecuzione dell'allontanamento coattivo; (c) riconosce che il diritto fondamentale alla libertà personale dello straniero sottoposto alla procedura amministrativa di espulsione non può essere in alcun caso compresso oltre i limiti tassativi fissati per il trattenimento dagli articoli 15 e 16 della direttiva.
- 7.2. - A tale interpretazione si oppone da altre voci dottrinali e giurisprudenziali: (a) che la fonte (Direttiva) vincola lo Stato membro nel risultato da raggiungere, ma implica di

regola la necessità di trasposizione (art. 288 T.F.U.E.; art. 249, *ex* 189, T.C.E.); (b) che la gran parte delle disposizioni della Direttiva in esame lasciano margini di adattamento agli Stati membri; (c) che la mancata trasposizione non rende di per sé autoesecutiva una disposizione priva di tale forza, ma rende soltanto suscettibile di sanzione lo Stato che non l'ha trasposta; (d) che il profilo della tassatività dei termini massimi di trattenimento é privo di rilevanza perché non si riferisce alle sanzioni penali.

7.3. - Il Collegio osserva che, sebbene lo Stato italiano abbia omesso sinora di trasporre formalmente la Direttiva nel suo ordinamento giuridico, ha adottato in pendenza dei termini di trasposizione la legge 15 luglio 2009, n. 94. E questa legge, non soltanto ha introdotto il reato di ingresso o soggiorno irregolare prevedendo per esso la espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, ma ha interamente riformulato, ribadendole e novandole a un tempo, sia le norme incriminatrici sia le disposizioni che regolano l'ordine di allontanamento volontario e le conseguenze della sua violazione, che rilevano nel presente giudizio.

Se dunque si pervenisse a una interpretazione del risultato voluto dalla Direttiva nel senso che essa intende escludere che lo straniero irregolare sia sottoposto ad una spirale senza fine di intimazioni e restrizioni della libertà, nella sostanza collegate solamente alla sua mancanza di cooperazione al rimpatrio volontario, l'intervento legislativo in questione sarebbe collidente con i principi della direttiva e, compromettendone gravemente il risultato, non potrebbe dare causa a condanne.

Lo Stato avrebbe, in altri termini, violato l'obbligo di astenersi durante la pendenza del termine di trasposizione dall'adottare disposizioni che seriamente compromettano "diritti" (posizioni giuridiche soggettive garantite), la cui tutela costituisce il risultato prescrittivo della Direttiva (Corte di giustizia sentenze del 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*; 8 maggio 2003, *Atral*; 22 dicembre 2005, *Mangold*).

(Merito)

8. – Nel merito, i quesiti interpretativi da sottoporre alla Corte di giustizia ruotano attorno al problema della correttezza dell'assunto che la Direttiva 2008/115/CE non può in alcun modo essere riferita all'ipotesi di commissione di reati né alla detenzione in vista o in conseguenza di un giudizio penale.

Parte delle opinioni di coloro che sostengono la compatibilità con la Direttiva "rimpatri" delle fattispecie di reato di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, T.U. imm., assumono, difatti, che la stessa Direttiva sarebbe priva di pertinenza rispetto alle citate figure delittuose in ragione di quanto enunciato al par. 2, lettera *b*) dell'art. 2; del fatto che la Direttiva si occupa solo delle procedure amministrative di espulsione; del principio che le regole comuni in materia di immigrazione e controllo delle frontiere non escludono che i singoli Stati possano, nell'esercizio dei loro poteri sovrani, disporre l'incriminazione dei cittadini extracomunitari che violano le disposizioni interne in

materia di ingresso e soggiorno.

Non può negarsi che le questioni interpretative che si chiede alla Corte di giustizia di risolvere sono, per i loro risvolti sul diritto interno qui rilevante, connessi agli aspetti penalistici. Li riguardano tuttavia solo mediatamente, perché le questioni attengono alle regole fissate dalla Direttiva in tema di rimpatrio volontario, allontanamento coattivo e trattenimento, nonché al risultato che la Direttiva intende sostanzialmente realizzare. Il Collegio spera che la esposizione dei fatti e della disciplina interna abbia chiarito che l'unica ragione su cui fonda l'incriminazione per la quale l'imputato ha riportato la nuova condanna ad otto mesi di reclusione, oggetto di ricorso, consiste nella reiterata "violazione" di intimazioni seriali, ovverosia nella perdurante sua mancata "cooperazione" all'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato.

- 8.1. - Si è visto che – diversamente da quanto prevede il 10° "*considerando*" e dispongono gli artt. 7, par. 1 e 4; 8, par. 1 e 4; 15, par. 1 – nell'ordinamento interno l'espulsione coattiva è tuttora la scelta prioritaria. Quando per le autorità amministrative non è possibile eseguire immediatamente l'accompagnamento alla frontiera, esso può essere procrastinato previo trattenimento presso appositi centri, per un periodo più o meno lungo e coincidente, nel massimo, nei sei mesi fissati dall'art. 15, par. 5, della Direttiva rimpatri. Se neppure il trattenimento è possibile o i termini sono scaduti, allo straniero è ordinato di "lasciare il territorio dello Stato". Se non obbedisce senza giustificato motivo è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se condannato, può essere nuovamente intimato e nuovamente condannato.

Proprio il fatto che il trattenimento esaurito o impossibile viene dal legislatore italiano posto a monte dell'intimazione al rimpatrio volontario, costituendone il presupposto, è ciò che "giustifica", dal punto di vista strettamente sanzionatorio, una conseguenza diversa, ulteriore e questa volta di rilievo penale, per l'inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario.

- 8.2. - La Corte di giustizia ha in passato più volte richiamato il principio che «il diritto comunitario non vieta agli stati membri di reprimere la violazione delle disposizioni nazionali relative al controllo degli stranieri con opportune sanzioni - diverse dall'espulsione - atte a garantire l'osservanza delle disposizioni stesse» (sentenza 8 aprile 1976, Royer; ma, con significative precisazioni in punto di proporzionalità, sentenza del 25 luglio 2002, M.R.A.X., e ivi richiamata sentenza 3 luglio 1980, Pieck).

L'art. 2, par. 2, lettera *b*), esclude inoltre dall'ambito di applicazione della direttiva (espulsioni quali) sanzioni penali e conseguenze di sanzioni penali.

- 8.3. - Sembra ragionevole, però, la tesi di chi sostiene che l'esclusione va per logica e coerenza interna riferita alle espulsioni che conseguono a reati d'altro tipo rispetto ai comportamenti di mancata collaborazione al rimpatrio, considerati dalla stessa direttiva "sanzionabili" (soltanto) mediante il prolungamento per ulteriori dodici mesi del

trattenimento (art. 15, par. 6, direttiva).

Si intende dire che anche la Direttiva, che pure non si occupa di sanzioni “penali”, ma solo di procedure strumentali all’espulsione (tanto che le restrizioni della libertà non hanno durata prestabilita, devono essere verificate periodicamente, e così via), pone regole a delimitazione della possibilità di coercizione sul presupposto di una patologia del comportamento dello straniero. E tale patologia coincide appunto con quella “inottemperanza” all’ordine di allontanamento volontario che nel nostro ordinamento determina la soggezione dello straniero alla pena della reclusione sino a cinque anni.

8.4. - S’è già detto, inoltre, che nell’ordinamento italiano le espulsioni non si distinguono tanto per i soggetti da cui sono disposte, quanto per il loro collegamento o l’assenza di collegamento a un giudizio di “pericolosità sociale” dell’espulso. E si è pure detto che le espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva (e alternativa) dello straniero irregolare disposte dal giudice ai sensi dall’art. 16 del T.U. imm., non presuppongono un giudizio di pericolosità concreta, ma soltanto la situazione di “irregolarità” dello straniero, e che hanno la stessa natura amministrativa delle espulsioni disposte dal prefetto ai sensi dell’art. 13 comma 2, lettera *b*), venendo eseguite nel medesimo modo dal questore.

Molte voci hanno quindi segnalato che l’introduzione nel T.U. imm. della contravvenzione di ingresso o soggiorno illegale, prevista dall’art. 10-*bis* – punita con un’ammenda da sostituire, in presenza delle condizioni per l’espulsione amministrativa, con l’espulsione a titolo di “sanzione sostitutiva”, disposta dal giudice in luogo del prefetto – non avrebbe altra funzione che rendere operante la deroga contemplata dell’art. 2, par. 2, lettera *b*), della Direttiva. Tendenzialmente – si è sostenuto – l’intervento giurisdizionale che “punisce” con l’espulsione il reato di ingresso e soggiorno irregolare, dovrebbe relegare l’espulsione formalmente amministrativa alle sole ipotesi di respingimento, anch’esse tuttavia escluse dalla sfera d’applicazione della direttiva ai sensi della lettera *b*) del medesimo articolo 2, par. 2.

La qualificazione come reati delle condotte del migrante che viola le norme interne disciplinanti il suo soggiorno o il suo onere di ottemperare ad un ordine di rimpatrio, serve, insomma, soltanto a surrogare l’inadeguatezza della macchina amministrativa. E tali considerazioni potrebbero trovare conferma nella previsione di cause d’improcedibilità dei giudizi relativi a tali contravvenzioni o delitti, se si accerta l’avvenuta espulsione (artt. 10-*bis*, comma 5; 13, comma 3-*quater*, T.U. imm.).

Sta di fatto che la provenienza da autorità amministrativa o giurisdizionale dell’espulsione è per il nostro ordinamento, nelle ipotesi ricordate, un dato esclusivamente formale (parte della dottrina lo considera di “etichette”), la cui rilevanza ai fini del diritto dell’Unione, in genere propenso a conferire rilievo agli aspetti sostanziali, non può non essere sottoposta all’organo istituzionalmente deputato a chiarire il senso delle norme comuni.

8.5. - All'inverso, a ritenere che la Direttiva non tocca l'aspetto della eventuale incriminazione dello straniero, neppure quando questa dipenda esclusivamente dalla sua permanenza irregolare (art. 10-*bis* T.U. imm.) o dalla sua mancata collaborazione al rimpatrio volontario (art. 14, comma 5-*ter* e comma 5-*quater* T.U. imm.), potrebbe dubitarsi della rilevanza del fatto che nell'ordinamento interno l'incriminazione per inottemperanza all'intimazione consegue ad una inversione dell'ordine di priorità nelle modalità espulsive.

Ipotizziamo che si ritenga che la disposizione che impone allo Stato membro di rilasciare lo straniero irregolare quando i termini del trattenimento sono esauriti, o non esiste alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento (sentenza Kadzoev cit.), non impedisca a tale Stato di sanzionare penalmente, con pena detentiva, lo straniero che, rilasciato, continua a soggiornare illegalmente e che, nuovamente intimato, non si allontana. Potrebbe allora sostenersi che analoga facoltà non è comunque preclusa ogni volta che l'intimazione e l'incriminazione del comportamento ostruzionistico sono di fatto dipese dalla "impossibilità" di trattenere, o di trattenere più a lungo, lo straniero.

8.6. - Vi è tuttavia una antinomia difficile da risolvere tra:

- le proposizioni normative, da un lato, che prescrivono agli Stati membri di privilegiare il rimpatrio volontario dello straniero irregolare e consentono in mancanza di sua cooperazione di trattenerlo sino a 18 mesi solo nel caso in cui «sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo» (art. 15, par. 6), mai trattandolo come un delinquente comune (art. 16);

- la prospettiva, dall'altro, che le stesse norme non impediscono allo Stato membro di punire con la reclusione sino a cinque anni, a titolo di delitto, la mancanza di cooperazione dello straniero "irregolare", senza neppure avere l'onere di dimostrare d'aver fatto ogni ragionevole sforzo per allontanarlo.

8.7. - Resterebbe in ogni caso da verificare se le regole specifiche dettate dalla Direttiva e i principi più generali in esse richiamati o attuati, ove pure non fossero d'ostacolo a risposte sanzionatorie diverse, richiedano, in vista del risultato che la direttiva tende a realizzare, che dette sanzioni siano nel loro complesso proporzionate a modalità e tempi del trattenimento ovvero, in ogni caso, alle sanzioni previste per fattispecie analoghe concernenti fatti di mera disobbedienza agli ordini dell'autorità da parte di cittadini dello Stato o comunitari (il riferimento è ad esempio all'art. 650 cod. pen. riportato in allegato).

(Quesiti)

9. – Occorre in conclusione chiedere alla Corte di giustizia:

a) **se l'art. 7, par. 1 e 4; l'art. 8, par. 1, 3 e 4; l'art. 15, par. 1, della Direttiva 2008/115/CE, devono essere interpretati nel senso che è precluso allo Stato membro, invertendo le priorità e l'ordine procedurale indicato da tali norme, di**

intimare allo straniero irregolare di lasciare il territorio nazionale quando non è possibile dare corso all'allontanamento coattivo, immediato o previo trattenimento;

- b) se l'art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, della Direttiva 2008/115/CE, deve essere quindi interpretato nel senso che è precluso allo Stato membro fare conseguire alla ingiustificata mancanza di collaborazione dello straniero al rimpatrio volontario, e per questa sola ragione, la sua incriminazione a titolo di delitto e una sanzione detentiva (reclusione) quantitativamente superiore (fino a dieci volte) rispetto al già esaurito o oggettivamente impossibile trattenimento a fini di allontanamento;**
- c) se l'art. 2, par. 2, lettera b), della Direttiva 2008/115/CE, può essere interpretato, anche alla luce dell'art. 8 della Direttiva medesima e degli ambiti della politica comune individuati in particolare dall'art. 79 TFUE, nel senso che basta che lo Stato membro decida di configurare come reato la mancata cooperazione dello straniero al suo rimpatrio volontario, perché la Direttiva non trovi applicazione;**
- d) se gli artt. 2, par. 2, lettera b), e 15, par. 4, 5 e 6, della Direttiva 2008/115/CE, devono essere all'inverso interpretati, anche alla luce dell'art. 5 della Convenzione EDU, nel senso che essi sono d'ostacolo alla sottoposizione dello straniero irregolare, per il quale non è oggettivamente possibile o non è più possibile il trattenimento, ad una spirale di intimazioni al rimpatrio volontario e di restrizioni della libertà che dipendono da titoli di condanna per delitti di disobbedienza a tali intimazioni;**
- e) se, conclusivamente, anche alla luce del decimo "considerando", del previgente art. 23 C.A.A.S., delle raccomandazioni e degli orientamenti richiamati in premessa dalla Direttiva 2008/115, dell'art. 5 della Convenzione EDU, è possibile affermare che l'art. 7, par. 1 e 4, l'art. 8, par. 1, 3 e 4, l'art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, conferiscono valore di regola ai principî che la restrizione della libertà ai fini del rimpatrio va considerata alla stregua di *extrema ratio* e che nessuna misura detentiva è giustificata se collegata a una procedura espulsiva in relazione alla quale non esiste alcuna prospettiva ragionevole di rimpatrio.**

Richiesta di procedura d'urgenza

- 10.** – E' necessario inoltre domandare, ai sensi dell'art. 104-*bis* del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, l'applicazione del procedimento d'urgenza.

Come risulta dalla esposizione in fatto, Demba Ngagne è sottoposto, per il reato oggetto di questo giudizio, alla misura coercitiva dell'obbligo di presentazione giornaliera alla Polizia.

E' inoltre da evidenziare che, se pure fosse *medio tempore* revocato l'obbligo di presentazione, Demba Ngagne dovrebbe essere nuovamente attinto, se già non lo è stato, da nuovo provvedimento di espulsione, verosimilmente (non risultano accordi di

riammissione con il Gabon) con trattenimento o intimazione e rischio di nuova incriminazione e restrizione, sulla base della disciplina in relazione alla quale sono state sollevate le questioni d'interpretazione pregiudiziale.

Va per altro considerato che le questioni interpretative sottoposte alla Corte di giustizia riguardano, attesa la cronica insufficienza dei centri di identificazione e di espulsione sul territorio nazionale e la carenza di accordi di riammissione adeguati, un numero elevatissimo di stranieri raggiunti da ordini di allontanamento volontario e inadempienti. Tale situazione oggettiva finisce per aggravare ulteriormente le mancanze di certezze e garanzie per la posizione specifica dell'imputato.

P.Q.M.

La Corte di cassazione, sciogliendo la riserva di cui all'udienza del 18 febbraio 2011;
visto l'articolo 14, comma 5-*quater* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;
visti gli articoli 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; 3 della legge 13 marzo 1958, n. 204; 479 del codice di procedura penale.

Chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla questioni di interpretazione degli articoli 2, par. 2, lettera b); 7, par. 1 e 4; 8, par. 1 e 4; 15, par. 1, 4, 5 e 6, della Direttiva 2008/115/CE (Direttiva 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), specificate in motivazione.

Chiede l'applicazione del procedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 104-*bis* del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, per le ragioni indicate in motivazione.

Sospende il presente giudizio sino alla definizione delle suddette questioni pregiudiziali.

Dispone l'immediata trasmissione di copia della presente ordinanza, unitamente agli atti del giudizio, alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Così deciso in Roma il giorno 8 marzo 2011

Il Consigliere estensore
 (M. Stefania Di Tomassi)

Il Presidente
 (Severo Chieffi)

Depositata in Cancelleria il 18 marzo 2011

I. Allegato. Diritto nazionale.

A) **La Costituzione** così dispone:

Articolo 10: [...]

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

[...]

Articolo 11: L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Articolo 13: La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione [...], né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

[...]

B.) **Il codice penale** così prevede:

Articolo 17 - pene principali: specie –

Le pene principali stabilite per i delitti sono:

omissis

3) la reclusione;

4) la multa.

Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono:

1) l'arresto,

2) l'ammenda.

Articolo 39 – Reato: distinzione tra delitti e contravvenzioni –

I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabiliti da questo codice.

Articolo 650 - Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità -

Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a 206 euro.

C) **Il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286**, che reca il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” e si riferisce esclusivamente agli stranieri extracomunitari, integrato da ultimo con **legge 15 luglio 2009, n. 94**, così dispone:

- Articolo 10-bis *- Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del

provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1.

3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 **.

4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato.

5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale.

6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

[Articolo aggiunto dalla lettera a) del comma 16 dell'art. 1, l. 15 luglio 2009, n. 94. La Corte costituzionale, con sentenza 5 - 8 luglio 2010, n. 250, ha dichiarato non fondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, innanzi a lei sollevate; con successive ordinanze ha dichiarato manifestamente infondate o inammissibili analoghe questioni].*

*[** Il decreto legislativo n. 274 del 2000, agli articoli 20-bis, 20-ter, 32-ter, introdotti dalla legge n. 94 del 2009, prevede forme particolari di "presentazione immediata" o di "citazione contestuale" dell'imputato e lo svolgimento del giudizio così instaurato dinanzi al Giudice di pace;*

- all'art. 62-bis, pure introdotto dalla legge n. 94 del 2009, dispone:

1. nei casi stabiliti dalla legge, il giudice di pace applica la sanzione sostitutiva di cui all'art. 16 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.]

- Articolo 13 - Espulsione amministrativa.

1. Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri.

2. L'espulsione è disposta dal prefetto quando lo straniero:

a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'articolo 10;

b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-bis, o senza aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo;

c) appartiene a taluna delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646.

2-bis. Nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza

di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

3. L'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato. Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali. Il questore, ottenuto il nulla osta, provvede all'espulsione con le modalità di cui al comma 4. Il nulla osta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro sette giorni dalla data di ricevimento della richiesta. In attesa della decisione sulla richiesta di nulla osta, il questore può adottare la misura del trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione, ai sensi dell'articolo 14.

3-bis. Nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato ai sensi del comma 3.

3-ter. Le disposizioni di cui al comma 3 si applicano anche allo straniero sottoposto a procedimento penale, dopo che sia stata revocata o dichiarata estinta per qualsiasi ragione la misura della custodia cautelare in carcere applicata nei suoi confronti. Il giudice, con lo stesso provvedimento con il quale revoca o dichiara l'estinzione della misura, decide sul rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione. Il provvedimento è immediatamente comunicato al questore.

3-quater. Nei casi previsti dai commi 3, *3-bis* e *3-ter*, il giudice, acquisita la prova dell'avvenuta espulsione, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. È sempre disposta la confisca delle cose indicate nel secondo comma dell'articolo 240 del codice penale. Si applicano le disposizioni di cui ai commi 13, *13-bis*, *13-ter* e 14.

3-quinquies. Se lo straniero espulso rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dal comma 14 ovvero, se di durata superiore, prima del termine di prescrizione del reato più grave per il quale si era proceduto nei suoi confronti, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale. Se lo straniero era stato scarcerato per decorrenza dei termini di durata massima della custodia cautelare, quest'ultima è ripristinata a norma dell'articolo 307 del codice di procedura penale.

3-sexies (abrogato).

4. L'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al comma 5.

5. Nei confronti dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Il questore dispone l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento.

5-bis. Nei casi previsti ai commi 4 e 5 il questore comunica immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. L'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida. L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un

difensore tempestivamente avvertito. L'interessato è anch'esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. Si applicano le disposizioni di cui al sesto e al settimo periodo del comma 8, in quanto compatibili. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dal presente articolo e sentito l'interessato, se comparso. In attesa della definizione del procedimento di convalida, lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di identificazione ed espulsione, di cui all'articolo 14, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili. Quando la convalida è concessa, il provvedimento di accompagnamento alla frontiera diventa esecutivo. Se la convalida non è concessa ovvero non è osservato il termine per la decisione, il provvedimento del questore perde ogni effetto. Avverso il decreto di convalida è proponibile ricorso per cassazione. Il relativo ricorso non sospende l'esecuzione dell'allontanamento dal territorio nazionale. Il termine di quarantotto ore entro il quale il giudice di pace deve provvedere alla convalida decorre dal momento della comunicazione del provvedimento alla cancelleria.

5-ter. Al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida dei provvedimenti di cui ai commi 4 e 5, ed all'articolo 14, comma 1, le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo.

6. *abrogato*.

7. Il decreto di espulsione e il provvedimento di cui al comma 1 dell'articolo 14, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, sono comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola.

8. Avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente il ricorso al giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione. Il termine è di sessanta giorni dalla data del provvedimento di espulsione. Il giudice di pace accoglie o rigetta il ricorso, decidendo con unico provvedimento adottato, in ogni caso, entro venti giorni dalla data di deposito del ricorso. Il ricorso di cui al presente comma può essere sottoscritto anche personalmente, ed è presentato anche per il tramite della rappresentanza diplomatica o consolare italiana nel Paese di destinazione. La sottoscrizione del ricorso, da parte della persona interessata, è autenticata dai funzionari delle rappresentanze diplomatiche o consolari che provvedono a certificarne l'autenticità e ne curano l'inoltro all'autorità giudiziaria. Lo straniero è ammesso all'assistenza legale da parte di un patrocinatore legale di fiducia munito di procura speciale rilasciata avanti all'autorità consolare. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete.

9. *(abrogato)*.

10. *(abrogato)*.

11. Contro il decreto ministeriale di cui al comma 1 la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.

[Comma così sostituito dal comma 7 dell'art. 3 dell'allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento.]

12. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 19, lo straniero espulso è rinvio allo Stato di appartenenza, ovvero, quando ciò non sia possibile, allo Stato di provenienza.

13. Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la

reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. La disposizione di cui al primo periodo del presente comma non si applica nei confronti dello straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere *a)* e *b)*, per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo 29.

13-*bis*. Nel caso di espulsione disposta dal giudice, il trasgressore del divieto di reingresso è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 13 ed espulso, abbia fatto reingresso sul territorio nazionale si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni.

13-*ter*. Per i reati previsti dai commi 13 e 13-*bis* è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto anche fuori dei casi di flagranza e si procede con rito direttissimo.

14. Salvo che sia diversamente disposto, il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo di dieci anni. Nel decreto di espulsione può essere previsto un termine più breve, in ogni caso non inferiore a cinque anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia.

15. Le disposizioni di cui al comma 5 non si applicano allo straniero che dimostri sulla base di elementi obiettivi di essere giunto nel territorio dello Stato prima della data di entrata in vigore della legge 6 marzo 1998, n. 40. In tal caso, il questore può adottare la misura di cui all'articolo 14, comma 1.

16. *omissis*.

- Articolo 14 - Esecuzione dell'espulsione.

1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione e di espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

2. Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno.

3. Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento.

4. L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. L'interessato è anch'esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui al sesto e al settimo periodo del comma 8 dell'articolo 13. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 13 e dal presente articolo, escluso il requisito della vicinanza del centro di identificazione e di espulsione di cui al comma 1, e sentito l'interessato, se comparso. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia osservato il termine per la decisione. La convalida può essere disposta anche in occasione della convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, nonché in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

5*. La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni. Qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità, ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di ulteriori trenta giorni. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice. Trascorso tale termine, in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento per un periodo ulteriore di sessanta giorni. Qualora non sia possibile procedere all'espulsione in quanto, nonostante che sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni di cui al periodo precedente, il questore può chiedere al giudice un'ulteriore proroga di sessanta giorni. Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni. Il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione e il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace.

[*comma così modificato dalla lettera l) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009;

il testo in vigore al 13 gennaio 2009 così disponeva:

«5. La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni. Qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità, ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di ulteriori trenta giorni. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice»]

5-bis **. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza.

[**comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009; il testo in vigore al 13 gennaio 2009 così disponeva:

«5-bis. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione e di espulsione, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione»]

5-ter***. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede

all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.

*[**comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009; dalla violazione dell'ordine di allontanamento richiamato dall'ultimo periodo scaturisce la fattispecie incriminatrice applicata nel caso in esame;*

il testo in vigore al 13 gennaio 2009 così disponeva:

«5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione è stata disposta per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo. In ogni caso si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica»]

5-quater***. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.

*[*** comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009; si tratta della norma incriminatrice applicata nel caso in esame.*

Il testo in vigore al 13 gennaio 2009 era il seguente:

«5-quater. Lo straniero già espulso ai sensi del comma 5-ter, primo periodo, che viene trovato in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se l'ipotesi riguarda lo straniero espulso ai sensi del comma 5-ter, secondo periodo, la pena è la reclusione da uno a quattro anni».

La Corte costituzionale con sentenza del 17- 22 dicembre 2010, n. 359, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quater, come modificato dalla legge n. 94 del 2009, nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-ter, sia punita nel solo caso che abbia luogo «senza giustificato motivo».]

*5-quinquies****. Per i reati previsti ai commi 5-ter, primo periodo, e 5-quater si procede con rito direttissimo ed è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto.*

*[*****comma così sostituito dalla lettera m) del comma 22 dell'art. 1, l. n. 94 del 2009]*

6. Contro i decreti di convalida e di proroga di cui al comma 5 è proponibile ricorso per cassazione. Il relativo ricorso non sospende l'esecuzione della misura.

7. Il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata.

8. Ai fini dell'accompagnamento anche collettivo alla frontiera, possono essere stipulate convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri.

9. *omissis.*

- Articolo 15 - Espulsione a titolo di misura di sicurezza e disposizioni per l'esecuzione

dell'espulsione.

1. Fuori dei casi previsti dal codice penale, il giudice può ordinare l'espulsione dello straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale, sempre che risulti socialmente pericoloso.

1-bis. Della emissione del provvedimento di custodia cautelare o della definitiva sentenza di condanna ad una pena detentiva nei confronti di uno straniero proveniente da Paesi extracomunitari viene data tempestiva comunicazione al questore ed alla competente autorità consolare al fine di avviare la procedura di identificazione dello straniero e consentire, in presenza dei requisiti di legge, l'esecuzione della espulsione subito dopo la cessazione del periodo di custodia cautelare o di detenzione.

- Articolo 16 - Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione.

1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.

2. L'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4.

3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni.

4. Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente.

5. Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguarda uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico.

6. Competente a disporre l'espulsione di cui al comma 5 è il magistrato di sorveglianza, che decide con decreto motivato, senza formalità, acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero. Il decreto di espulsione è comunicato allo straniero che, entro il termine di dieci giorni, può proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Il tribunale decide nel termine di venti giorni.

7. L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

8. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In

tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena.

9. L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19.

II. Allegato. Diritto dell'Unione.

A) 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, così dispone:

- Articolo 2 - Ambito di applicazione

2. Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi:

omissis

b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.

- Articolo 3 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva, si intende per:

omissis

3) "rimpatrio" il processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente:

- nel proprio paese di origine, o

- in un paese di transito in conformità di accordi comunitari o bilaterali di riammissione o di altre intese, o

- in un altro paese terzo, in cui il cittadino del paese terzo in questione decide volontariamente di ritornare e in cui sarà accettato;

4) "decisione di rimpatrio" decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio;

5) "allontanamento" l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio, vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro;

6) "divieto d'ingresso" decisione o atto amministrativo o giudiziario che vieti l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e che accompagni una decisione di rimpatrio;

7) "rischio di fuga" la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga;

8) "partenza volontaria": l'adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il termine fissato a tale scopo nella decisione di rimpatrio;

omissis

- Articolo 7 - Partenza volontaria

1. La decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi 2 e 4. Gli Stati membri

possono prevedere nella legislazione nazionale che tale periodo sia concesso unicamente su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato. In tal caso, gli Stati membri informano i cittadini di paesi terzi interessati della possibilità di inoltrare tale richiesta.

Il periodo previsto al primo comma non esclude la possibilità per i cittadini di paesi terzi interessati di partire prima.

2. Gli Stati membri prorogano, ove necessario, il periodo per la partenza volontaria per un periodo congruo, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali.

3. Per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo.

4. 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, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni.

- Articolo 8 - Allontanamento

1. Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'articolo 7, paragrafo 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'articolo 7.

2. Qualora uno Stato membro abbia concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'articolo 7, la decisione di rimpatrio può essere eseguita unicamente alla scadenza di tale periodo, a meno che nel periodo in questione non sorga uno dei rischi di cui all'articolo 7, paragrafo 4.

3. Gli Stati membri possono adottare una decisione o un atto amministrativo o giudiziario distinto che ordini l'allontanamento.

4. 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. Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato.

omissis

- Articolo 15 - Trattenimento

1. 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

particolare quando:

- a) sussiste un rischio di fuga o
- b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.

2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie.

Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto.

omissis

4. Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata.

5. Il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito. Ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi.

6. Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa:

- a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o
- b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.

Articolo 16 - Condizioni di trattenimento

1. Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea. Qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari.

[...]

- Articolo 21 - Relazione con la convenzione Schengen

La presente direttiva sostituisce le disposizioni degli articoli 23 e 24 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen.

B). - La Convenzione europea dei diritti dell'uomo così dispone:

Articolo 5 - Diritto alla libertà ed alla sicurezza.

1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, salvo che nei casi seguenti e nei modi prescritti dalla legge:

- a. se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;
- b. se è in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso,

conformemente alla legge, da un tribunale o per garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;

c. se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati per ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;

[...]

f. se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

[...]

C). - La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (14 giugno 1985),
così disponeva;

Articolo 23

1. Lo straniero che non soddisfa o che non soddisfi più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di una delle Parti contraenti deve, in linea di principio, lasciare senza indugio i territori delle Parti contraenti.

2. Lo straniero in possesso di un titolo di soggiorno o di un autorizzazione di soggiorno temporanea in corso di validità rilasciati da un'altra Parte contraente, deve recarsi senza indugio nel territorio di tale Parte contraente.

3. Qualora lo straniero di cui sopra non lasci volontariamente il territorio o se può presumersi che non lo farà, ovvero se motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico impongono l'immediata partenza dello straniero, quest'ultimo deve essere allontanato dal territorio della Parte contraente nel quale è stato fermato, alle condizioni previste dal diritto nazionale di tale Parte contraente. Se in applicazione di tale legislazione l'allontanamento non è consentito, la Parte contraente interessata può ammettere l'interessato a soggiornare nel suo territorio.

4. L'allontanamento può avvenire dal territorio di tale Stato verso il paese di origine della persona o verso qualsiasi altro Stato nel quale egli può essere ammesso, in applicazione delle disposizioni pertinenti degli accordi di riammissione conclusi dalle Parti contraenti.

5. Le disposizioni del paragrafo 4 non ostano alle disposizioni nazionali relative al diritto di asilo né all'applicazione della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, quale emendata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, né alle disposizioni del paragrafo 2 del presente articolo e dell'articolo 33, paragrafo 1 della presente Convenzione.