



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
SEZIONE PRIMA PENALE

Il Tribunale di Torino – I Sezione Penale, in composizione monocratica, nella persona del magistrato dr. Fabrizia Pironti all'udienza del 29 giugno 2011 ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente:

SENTENZA

nei confronti di:

A. G. , nato in Nigeria il 22/11/1986, alias A. G. nato in NIGERIA il 22//1986, CUI ****, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Anna Rosa Oddone, difeso di fiducia dall'avv. (*omissis*).

Libero presente.

IMPUTATO

del reato di cui all'art. 14 comma 5 ter primo periodo del D.L.vo n. 286/1998 perchè, quale cittadino straniero, senza giustificato motivo, permaneva illegalmente nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del Questore della Provincia di ROMA di lasciare il territorio dello Stato, ai sensi del comma 5 bis della citata disposizione normativa, entro cinque giorni dal provvedimento stesso, notificatogli in data 03/09/2010 essendo stata l'espulsione disposta per essere entrato illegalmente nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera (art.13 co.2 lett.a) D.L.vo n.286/98)

Accertato in TORINO il 7/10/2010.

CONCLUSIONI CONFORMI DELLE PARTI

Assolversi l'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A.G. , arrestato il 7 ottobre 2010, presentato per la convalida dell'arresto ed il contestuale giudizio direttissimo ex art.558 comma 4 c.p.p., e liberato in esito all'udienza di convalida non avendo il pubblico ministero richiesto l'applicazione di misure cautelari, ha ritualmente chiesto di essere giudicato con le forme del rito abbreviato, subordinato all'eventuale acquisizione del provvedimento del Giudice di Pace di Roma, qualora emesso, conseguente al ricorso presentato dall'imputato avverso il decreto di espulsione. All'udienza il difensore ha comunicato che il ricorso suddetto non è stato tuttora deciso, e le parti hanno concluso come sopra riportato.

Sono agli atti:

- il provvedimento di espulsione emesso dal Prefetto di Roma il 3/9/2010;
- l'ordine di allontanamento emesso in pari data dal Questore di Roma, motivato sia in punto mancata traduzione alla frontiera a mezzo della forza pubblica, sia in punto indisponibilità di posti presso il C.I.E.;
- i verbali di immediata notifica dei due provvedimenti all'interessato, con traduzione di questi ultimi in lingua inglese;
- l'elenco dei precedenti dattiloscopici, dai quali risulta che il soggetto destinatario dei due provvedimenti si identifica con la persona fisica dell'odierno imputato.

Ciò premesso, deve tuttavia osservarsi che il 24/12/2010 è scaduto, per lo Stato italiano, il termine per dare attuazione alla 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.

La Corte di Cassazione, sezione prima, con ordinanza 18/2/2011-8-3/2011, Ngagne, ha chiesto 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 suddetta Direttiva, e la Corte di Giustizia si è pronunciata con sentenza in data 28/4/2011, causa C-61/11 PPU, nella quale ha, tra l'altro, osservato:

"Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale [art.14 comma 5 ter d.lvo 286/98], che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.

In proposito si deve ricordare che, come enuncia il suo secondo 'considerando', la direttiva 2008/115 persegue l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità.

Come si apprende tanto dal suo titolo quanto dall'art. 1, la direttiva 2008/115 stabilisce le «norme e procedure comuni» che devono essere applicate da ogni Stato membro al

rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. Discende dalla locuzione summenzionata, come pure dall'economia generale della succitata direttiva, che gli Stati membri possono derogare a tali norme e procedure solo alle condizioni previste dalla direttiva medesima, segnatamente quelle fissate al suo art. 4.

Di conseguenza, mentre il n. 3 di detto art. 4 riconosce agli Stati membri la facoltà di introdurre o di mantenere disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare rispetto a quelle stabilite dalla direttiva 2008/115, purché compatibili con quest'ultima, detta direttiva non permette invece a tali Stati di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina.

Occorre del pari rilevare che la direttiva 2008/115 stabilisce con precisione la procedura che ogni Stato membro è tenuto ad applicare al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e fissa la successione delle diverse fasi di tale procedura.

In tal senso, l'art. 6, n. 1, di detta direttiva prevede anzitutto, in via principale, l'obbligo per gli Stati membri di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio sia irregolare.

Al riguardo, discende dal sedicesimo 'considerando' di detta direttiva nonché dal testo del suo art. 15, n. 1, che gli Stati membri devono procedere all'allontanamento mediante le misure meno coercitive possibili. Solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato, detti Stati possono privare quest'ultimo della libertà ricorrendo al trattenimento.

Conformemente all'art. 15, n. 1, secondo comma, della direttiva 2008/115, tale privazione della libertà deve avere durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio. Ai sensi dei nn. 3 e 4 di detto art. 15, tale privazione della libertà è riesaminata ad intervalli ragionevoli e deve cessare appena risulti che non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento. I nn. 5 e 6 del medesimo articolo fissano la sua durata massima in 18 mesi, termine tassativo per tutti gli Stati membri. L'art. 16, n. 1, di detta direttiva, inoltre, prescrive che gli interessati siano collocati in un centro apposito e, in ogni caso, separati dai detenuti di diritto comune.

Emerge da quanto precede che la successione delle fasi della procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva 2008/115 corrisponde ad una gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato – la concessione di un termine per la sua partenza volontaria – alla misura che maggiormente limita la sua libertà – il trattenimento in un apposito centro –, fermo restando in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità.

Perfino il ricorso a quest'ultima misura, la più restrittiva della libertà che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo, appare strettamente regolamentato, in applicazione degli artt. 15 e 16 di detta direttiva, segnatamente allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini interessati dei paesi terzi.

In particolare, la durata massima prevista all'art. 15, nn. 5 e 6, della direttiva 2008/115 ha lo scopo di limitare la privazione della libertà dei cittadini di paesi terzi in situazione di allontanamento coattivo (sentenza 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, Kadzoev, Racc. pag. I-11189, punto 56). La direttiva 2008/115 intende così tener conto sia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale il principio di proporzionalità esige che il trattenimento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, vale a dire non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito (v., in particolare, Corte eur. D.U, sentenza Saadi c. Regno Unito del 29 gennaio 2008, non ancora pubblicata nel *Recueil des arrêts et décisions*, §§ 72 e 74), sia dell'ottavo dei «Venti orientamenti sul rimpatrio forzato» adottati il 4 maggio 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ai quali la direttiva fa riferimento nel terzo 'considerando'. Secondo tale principio, il trattenimento ai fini dell'allontanamento deve essere quanto più breve possibile.

È alla luce delle suesposte considerazioni che occorre valutare se le regole comuni introdotte dalla direttiva 2008/115 ostino ad una normativa nazionale come quella in discussione nel procedimento principale.

Occorre tuttavia rilevare che, se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il diritto dell'Unione (v. in questo senso, in particolare, sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, Racc. pag. 2595, punto 27; 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan, Racc. pag. 195, punto 19, e 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens, Racc. pag. I-3711, punto 19).

Di conseguenza, sebbene né l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), CE – disposizione che è stata ripresa dall'art. 79, n. 2, lett. c), TFUE – né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento di detta disposizione del Trattato CE, escludano la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione.

In particolare, detti Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile.

Infatti, ai sensi rispettivamente del secondo e del terzo comma dell'art. 4, n. 3, TUE, gli Stati membri, in particolare, «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive.

Quanto, più specificamente, alla direttiva 2008/115, si deve ricordare che – come enuncia il suo tredicesimo 'considerando' – essa subordina espressamente l'uso di misure coercitive al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti.

Una tale pena, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 42 della sua presa di posizione, una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio.

Ciò non esclude la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare.

Alla luce di quanto precede, al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo (v., in tal senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 24; 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria*, Racc. pag. I-5197, punti 38 e 40, nonché 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43). Ciò facendo il giudice del rinvio dovrà tenere debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (sentenze 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, Racc. pag. I-3565, punti 67-69, nonché 11 marzo 2008, causa C-420/06, *Jager*, Racc. pag. I-1315, punto 59).

Pertanto, occorre risolvere la questione deferita dichiarando che la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo".

Con sentenze del 28/4/2011, n.1590/11, P.G. in proc. Trajkovic n.1594/11, P.G. in proc. Sadiki e n.1606/11, P.G. in proc. Tourghi, la prima sezione penale della Suprema Corte ha statuito che, a seguito della suddetta sentenza del 28/4/2011, il giudice nazionale è tenuto a

disapplicare le norme incriminatrici di cui all'art.14, commi 5 ter e quater d.lvo 286/98, in quanto in contrasto con le norme provviste di effetto diretto contenute nella direttiva 2008/115/CE.

Deve quindi ritenersi che il fatto di reato attribuito all'imputato (storicamente sussistente), non sia –oggi– previsto dalla legge penale come reato. Con conseguente assoluzione dell'A.G. Ha infatti osservato la citata sentenza della prima sezione penale della Cassazione n.1606/11, P.G. in proc. Tourghi, che la pronuncia della Corte di Giustizia che accerta l'incompatibilità della norma incriminatrice con il diritto europeo *“si incorpora nella norma stessa e ne integra il precetto con efficacia immediata, così producendo una sorta di abolitio criminis che impone, in forza di interpretazione costituzionalmente necessitata, di estendere a siffatte situazioni di sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice nazionale la previsione dell'art.673 cpp”*.

Anche sulla scorta di tale percorso motivazionale, non appare dunque applicabile all'imputato la previsione di cui all'art.14 comma 5 ter nella nuova formulazione introdotta con DL. 89/11, entrato in vigore il 24 giugno 2011.

Va premesso, a riguardo, che la modifica legislativa in questione è stata disposta senza procedere ad una abrogazione della previgente norma incriminatrice, attraverso l'esplicita enunciazione che i fatti commessi in precedenza non rilevano più penalmente: eludendo, così, l'obbligo per lo Stato interessato – ricavabile dalla giurisprudenza comunitaria – di procedere alla effettiva abrogazione normativa, quando sia stato dichiarato il dovere di disapplicazione della norma interna incompatibile.

Va inoltre osservato che in dottrina, in base al paradigma teorico della c.d. “discontinuità sostanziale” del tipo di illecito, si ammette la possibilità di “una abolizione integrale dell'incriminazione senza depenalizzazione”: nel senso che, seppure in presenza di alcune tipologie di incriminazioni riconducibili altresì alla nuova incriminazione, i fatti commessi prima dell'innovazione legislativa – anche se sussumibili all'interno della nuova ipotesi criminosa, e dunque tutt'ora punibili – si ritengono non più perseguibili, giacché l'incriminazione non esiste più come “tipo di illecito”, di tal che l'effetto abolitivo viene esteso anche alle sentenze passate in giudicato.

Secondo la giurisprudenza di legittimità (cfr. Sez. Unite, n. 25887, 26/3/2003-16/6/2003, Giordano), un'evenienza del genere non può essere esclusa in modo assoluto, *“ma deve trovare una sicura fonte nella nuova legge. Le regole dell'art. 2 c.p. infatti sono derogabili sia nel senso della c.d. ultrattività o meglio della perdurante attività (art. 2, comma 4, c.p.), quando manca la continuità, sia nel senso della esclusione della continuità, quando ne ricorrerebbero le condizioni. È quindi possibile che nella legge successiva vi siano elementi indicativi della volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei reati commessi in precedenza, benché esistano le condizioni per l'applicabilità della regola dell'art. 2, comma 3, c.p. Si pensi per esempio a reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria e a una legge, diretta al tempo stesso a modificare tale situazione e la disciplina penale, la quale, pur stabilendo che alcuni fatti continuano a costituire reato, intenda escluderne per il passato la punibilità:*

chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro, nel presupposto che la situazione politica, economica, sociale o anche giudiziaria che quei reati aveva originato, e in qualche modo giustificato,

o che ne ha reso comunque problematico e discutibile il perseguimento richieda un cambiamento che si proietti verso il passato fino al punto della totale abolizione dei reati precedentemente commessi”.

Il legislatore, in altre parole, ha il potere di togliere rilevanza penale ad un fatto per il passato anche se la riformulazione del reato è compiuta in modo da mantenere la punibilità dei fatti (o almeno dei più importanti di essi) compresi nella incriminazione abrogata, anche se l'*abolitio* deve reggersi su ragioni intrinseche specifiche.

Ma anche non volendo far rientrare l'ipotesi in esame tra quelle considerate dalla citata pronuncia (essendo la modifica normativa da ricondursi, precipuamente, ai principi e alle disposizioni desumibili dalla "Direttiva rimpatri"), va in ogni caso – e conclusivamente – osservato che la nuova formulazione del comma 5 ter dell'art.14 punisce la violazione dell'ordine del questore (di lasciare il territorio dello Stato nel termine di sette giorni):

a) in caso di respingimento o espulsione "ai sensi dell'art.13 comma 4", comma (che disciplina attualmente le diverse ipotesi di accompagnamento coattivo) a sua volta modificato dal citato decreto legge;

b) "se lo straniero ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito di cui all'art.14 ter (introdotto con il decreto legge) vi si sia sottratto";

c) se l'espulsione "è stata disposta in base all'art.13 comma 5", disposizione anch'essa modificata (con il richiamo ai programmi di rimpatrio volontario e alla richiesta di concessione di termine per la partenza volontaria) dal decreto legge.

Appare dunque arduo affermare che tale attuale formulazione dell'art. 14 comma 5-ter (e 5-quater) integri una ipotesi di continuità normativa con la precedente, di tal che essa deve essere considerata, a tutti gli effetti, una nuova incriminazione, applicabile soltanto ai fatti verificatisi dopo la sua entrata in vigore.

Tale soluzione permette, oltretutto, di evitare l'irragionevole esito di trovarsi in presenza di condanne definitive pronunciate per il delitto di cui all'art. 14 comma 5-ter in parte nel frattempo revocate perché il fatto non è più previsto come reato sulla scorta della sentenza della Corte di giustizia, applicando analogicamente l'art. 673 c.p.p., e di sentenze irrevocabili rispetto alle quali, dopo il 24 giugno 2011, il giudice dell'esecuzione potrebbe soltanto commutare la pena detentiva in pecuniaria, senza eliminare tutti gli altri effetti penali della condanna (art. 2 comma 3 c.p.).

P.Q.M.

Visto l'art. 530 cpp

Assolve A.G. dal reato a lui ascritto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Torino, 29 giugno 2011

Il giudice
Fabrizia Pironti