



Il Tribunale di Milano
Sezione Direttissime

composto dal Giudice monocratico Dott. MARCO TREMOLADA
sull'istanza di revoca dell'attuale misura cautelare in carcere presentata dal difensore dell'imputato in data 12 gennaio ma trasmessa alla cancelleria di codesto giudice soltanto in data di ieri;
visto il parere del PM;
visto l'art. 299 cpp, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Premesso che sussiste la competenza del giudice cautelare posto che la sentenza del 29 settembre 2010 di condanna dell'imputato alla pena di mesi 8 di reclusione non risulta ancora passata in giudicato;

la richiesta, utilizzando argomentazioni esposte negli allegati provvedimenti giudiziari del Tribunale di Torino, si fonda sulla sopravvenuta "irrilevanza penale del fatto" derivante dall'immediata applicazione della direttiva 115/2008 CE (direttiva rimpatri) che, secondo la prospettazione difensiva imporrebbe al giudice penale di ritenere che il fatto per cui l'imputato è stato condannato non è più previsto dalla legge come reato.

La tesi impone due passi interpretativi:

- la disapplicazione del reato previsto dalla legge italiana (art. 14 c.V ter) perché contrastante con quanto disposto dalla direttiva in materia di limitazione della libertà personale dello straniero extracomunitario che si oppone alla procedura di espulsione;
- l'effetto retroattivo della norma comunitaria in forza del disposto di cui all'art. 2 comma 2 c.p. anche fatti anteriori al 25 dicembre 2010, come quello per cui si procede.

Ritiene questo Giudice di non condividere l'interpretazione proposta dal difensore.

L'istanza presuppone l'applicazione immediata della direttiva da parte del giudice penale, nonostante la direttiva sia stata emanata nel 2008¹ e quindi precedentemente all'entrata in vigore (1.12.2009) del Trattato di Lisbona con conseguente limitata operatività² della stessa in materia penale. In forza delle disposizioni transitorie del Trattato di Lisbona gli atti adottati anteriormente continuano ad applicarsi secondo la valenza ad essi attribuita prima dell'entrata in vigore del Trattato citato con la conseguenza che il Giudice non potrà procedere alla "disapplicazione" del reato perché la materia penale non può essere considerata di rilevanza comunitaria.

La riprova della correttezza di questo ragionamento si evince dal fatto che la cd. direttiva rimpatri riguarda esclusivamente la procedura amministrativa di espulsione e lascia gli Stati Membri liberi di adottare tutte le norme ritenute idonee a sanzionare l'inottemperanza alla procedura di espulsione (art. 8 della direttiva). L'art. 14 d.lgs. n.286/1998 riempie proprio questo spazio discrezionale lasciato alla legislazione nazionale sanzionando l'inottemperanza a provvedimenti amministrativi adottati nella procedura di espulsione prevista dalla legge italiana.

Per superare questo primo ostacolo il ragionamento proposto dalla difesa sostiene che il reato in questione è meramente strumentale all'efficacia della procedura di espulsione come certamente lo sono i provvedimenti limitativi della libertà personale previsti dalla direttiva.

¹ Il 24 dicembre 2010 è solo scaduto il termine di ricezione per gli Stati Membri, ma l'efficacia giuridica della direttiva deve farsi risalire alla sua emanazione.

² Eccettua l'operatività in casi di evidente superamento delle norme extrapenalistiche integranti il precetto come quello "tipico" dei dazi doganali comunitari presupposto del reato di contrabbando (disapplicazione comunitaria).

In realtà non è così: i limiti imposti dalla direttiva sono ovviamente più restrittivi della norma penale interna perché riguardano provvedimenti strumentali alla procedura che in certi casi prescindono dal concetto di colpevolezza mentre il reato è un delitto che ha un preciso contenuto sanzionatorio del tutto svincolato ed anzi perfino contrastante con la procedura di espulsione dato che, come nel caso in esame, ne interrompe il decorso.

Che non sia corretto comparare la detenzione disposta per sanzionare un delitto al trattenimento finalizzato all'espulsione lo si evince anche dalla seguente pronuncia della stessa Corte di Giustizia della CE proprio in materia interpretativa della stessa Direttiva rimpatri. Con sentenza della Corte (Grande Sezione) del 30 novembre 2009 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Administrativen sad Sofia-grad — Bulgaria) — Said Shalimovich Kadzoev (Huchbarov) (Causa C-357/09 PPU) è stato affermato che un trattenimento disposto nell'ambito di una procedura di asilo, diversa dalla procedura di trattenimento finalizzato all'espulsione, non può essere equiparato al trattenimento ai fini dell'allontanamento disciplinato dall'art. 15 della direttiva.

La stessa Corte costituzionale italiana, nell'esaminare, prima della scadenza del termine della direttiva, il contrasto tra la direttiva stessa e l'art. 10 bis del d.lgs. n. 286/1998 che punisce la semplice condizione di clandestino, ha voluto anticipare che eventuali contrasti della normativa interna non riguarderebbero il reato oggetto di scrutinio quanto piuttosto le norme interne che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi. E quella dell'accompagnamento coattivo è norma diversa da quelle qui in esame che puniscono l'inottemperanza all'obbligo di allontanamento nel termine dato proprio in luogo dell'accompagnamento coattivo.

In ogni caso, sempre volendo seguire il ragionamento della difesa, deve essere evidenziato che il paventato contrasto al principio di proporzionalità in tema di limitazioni massime della libertà personale non sarebbe sufficiente a fondare la disapplicazione come recentemente affermato dalla Corte Costituzionale nei giudizi di legittimità del reato in questione nonché nella sentenza riguardante il mandato di arresto europeo dove ha espressamente affermato che è consentito al legislatore nazionale derogarvi sino a che l'Unione non interverrà con disposizioni dotate di efficacia diretta penale.

In conclusione, quindi, anche accedendo all'ipotesi di diretta applicazione, il Giudice potrebbe al massimo disapplicare l'atto amministrativo in quanto contrastante con la norma comunitaria, atteso che la norma interna, seppur non abrogata né illegittima, non sarebbe applicabile.

In questo caso, dato che la diretta applicabilità della norma comunitaria decorre dal 25 dicembre 2010, non riguarda i provvedimenti amministrativi precedenti, come quello in esame, perché disposti in sintonia con una normativa legittima salvo ritenere che la problematica rientri nella sfera di operatività dell'art. 2 c.p.

Tale interpretazione deve ritenersi non condivisibile perché presuppone il concetto di abrogazione della norma interna contrastante, concetto decisamente superato dal cammino interpretativo comunitario percorso dalla Corte Costituzionale, ovvero, perché presuppone la natura integrativa della normativa extrapenale amministrativa sottostante, operazione interpretativa che la Corte di Cassazione ha già avuto modo di escludere in casi del tutto analoghi, primo fra tutti quello in merito alla rilevanza penale del reato in questione contestato ai cittadini rumeni nell'ambito dei procedimenti pendenti dopo l'ingresso della Romania nella comunità europea. Il provvedimento amministrativo da disapplicare è un mero presupposto del reato con la conseguenza che la norma amministrativa in forza della quale è stato emesso il provvedimento non integra la fattispecie penale che sanziona l'inottemperanza ad un provvedimento del Questore, come si è già avuto modo di vedere.

Occorre infine valutare anche la possibilità, ritenuta da questo giudice prevalente, ma abbandonata per seguire il ragionamento della difesa, della non immediata applicabilità delle norme comunitarie.

In questo caso sussiste l'obbligo del giudice di porsi la questione di legittimità costituzionale della norma penale sotto il profilo del parametro interposto di cui all'art. 117 della Costituzione.

La questione di legittimità costituzionale, effettivamente sollecitata dalla stesa Corte con la citata sentenza, non appare tuttavia rilevante nel caso di specie dove le norme della direttiva non contrastano con quelle della normativa nazionale visto che il presente giudizio riguarda il reato di inottemperanza ad un ordine di allontanamento volontario dal territorio ritenuto il provvedimento appropriato in prima istanza proprio dalla normativa comunitaria.

L'unica previsione che parrebbe contrastare attiene al termine da concedere per l'allontanamento volontario, termine che la legislazione nazionale fissa in 5 giorni contro il minimo di 7 giorni indicato nella direttiva. Tuttavia, non pare consentito disapplicare retroattivamente il provvedimento amministrativo visto che, trattandosi di norma extrapenale, alla data di entrata in vigore della direttiva il termine si era già consumato ed era stata pure già interrotta la permanenza quantomeno con l'arresto.

Del resto e a riprova della non immediata applicabilità e non retroattività, rispetto alla previsione di quel termine la direttiva rimette allo Stato la possibilità di riduzione ovvero di esclusione del termine stesso in presenza di alcuni presupposti da definire nel dettaglio, presupposti che si ritiene debbano essere precisati dal legislatore e che riguardano proprio soggetti come l'attuale imputato.

Dunque, in assenza di elementi di novità deve essere richiamata l'ordinanza applicativa della misura e la recente ordinanza di rigetto, datata 4 novembre 2010, dove viene ribadito il giudizio di adeguatezza e proporzione dell'attuale misura.

PQM

Respinge l'istanza.

Si comunichi.

Milano, 18 gennaio 2011

Il giudice