ALLA CORTE DI CASSAZIONE
- ROMA –

Oggetto: ricorso avverso la sentenza pronunciata dal Tribunale di Torino in data 5 gennaio 2011 e depositata in data 10 gennaio successivo nel processo penale contro LEZAMA PAREDES Victor Raul.

1. Ritiene il ricorrente che la sentenza oggetto del presente ricorso sia affetta dai vizi di **erronea applicazione delle legge penale** e di **manifesta illogicità della motivazione** e che tali vizi risultino dallo stesso testo del provvedimento impugnato.
2. Va preliminarmente premesso che l'imputato era accusato del reato di cui all'art. 14 comma 5 quater D.l.vo n. 286/1998 "*perché, quale cittadino straniero, destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5 ter , continuava a permanere illegalmente nel territorio dello Stato in violazione del nuovo ordine del Questore della Provincia di Torino di lasciare ilo territorio dello Stato, ai sensi del comma 5 bis della citata disposizione normativa, entro cinque giorni dal provvedimento stesso, notificatogli in data 12/11/2010 essendo stata l'espulsione disposta per avere già violato due precedenti ordine del Questore di Torino notificatigli in data 17 marzo 2010 ed in data 22 luglio 2010, con i quali gli veniva ordinato di lasciare il territorio dello Stato. Fatto accertato in Torino il 3 gennaio 2011. Recidivo reiterato ed infraquinquennale.*"
   Il tribunale ha assolto l'imputato con la formula: "il fatto non è previsto dalla legge come reato".
   A tale conclusione il giudicante è pervenuto sulla base dei seguenti passaggi.
   a) in data 24 dicembre 2010 è decorso il termine concesso agli Stati per adeguare la propria normativa alla c.d. "*direttiva rimpatri*" (direttiva 2008/115/CE) emanata dall'Unione europea il 16 dicembre 2008;
   b) lo Stato italiano non ha provveduto ad alcuna modifica della propria normativa in materia;
   c) la disciplina nazionale in materia di espulsioni non è conforme alla disciplina della direttiva 2008/115/CE;
   d) la direttiva, per la parte che interessa, è self-executing e cioè ha immediata efficacia nell'ordinamento interno anche se non formalmente recepita;
   e) il contrasto tra la disciplina nazionale e quella comunitaria "*varca il campo amministrativo per estendersi anche al settore penale ed in particolare ai delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore*" in quanto "*l'attuale ordinamento italiano sanziona con la **reclusione da uno a quattro anni** la fattispecie dell'inosservanza del primo ordine di allontanamento, e con la **reclusione da uno a cinque anni dell'ordine reiterato**, provvedimento che è parte integrante della*

procedura di rimpatrio, che ricade quindi nella sfera di applicazione della direttive la quale prevede unicamente il ricorso alle misure coercitive ivi previste e in 'extrema ratio' il trattenimento in un apposito centro dei permanenza temporanea, per un ***periodo complessivo massimo di 18 mesi*** *e con le garanzie previste agli art. 15 e 16 della direttiva*". Di conseguenza, secondo il Tribunale, "*applicando le norme penali in oggetto si violano le garanzie imposte dalla direttiva a tutela della libertà personale dello straniero destinatario di un provvedimento di rimpatrio e che non lo abbia osservato, ricorrendo ad una misura coercitiva qualitativamente diversa e temporalmente più estesa di quella prevista (in caso estremo il trattenimento) dalla direttiva UE*";

f) il diritto dell'Unione europea ha uno "status" di primazia (primautè) rispetto al diritto nazionale e "*compito del giudice, nelle varie controversie pendenti (e non è esente la materia penale), è di dare applicazione alle fonti UE dotate di effetto diretto (fra cui rientrano le direttive che prevedono, anche solo in parte, misure <precise, chiare e incondizionate>) nonchè applicare il diritto nazionale in modo conforme alla lettera ed agli scopi del diritto dell'Unione, all'occorrenza non applicando le norme interne con esso incompatibili*";

g) la direttiva europea "*è estremamente precisa nell'indicare presupposti, modalità esecutive e termini massimi di compressione della libertà personale del cittadino di stato terzo soggetto a rimpatrio, sulle quali lo stato membro potrà intervenire nei dettagli, senza peraltro poter configurare in senso peggiorativo (tipologia e durata) il quadro della detenzione*" ed è quindi *self executing;*

h) "*dalla sua applicazione discendono effetti giuridici favorevoli all'individuo (c.d. effetto verticale*) *dal momento che la direttiva mira a garantire allo straniero una sfera non comprimibile di libertà personale, che viene invece compressa, dalle vigenti norme incriminatrici in materia di espulsione*";

i) "*la norma incriminatrice deve quindi essere disapplicata dal giudice senza necessità di alcun intervento del giudice costituzionale, dato che spetta al giudice comune dirimere la questione di compatibilità di una norma nazionale con le disposizioni di una direttiva provvista, quanto meno per la parte relativa alla libertà personale dello straniero oggetto di rimpatrio, di effetto diretto*" (tale norma resterebbe in vigore, secondo il Tribunale, solo nel caso in cui l'inottemperanza riguardasse un ordine di respingimento del Questore, poiché il respingimento non è interessato dalla direttiva CE per espressa previsione dello stesso art. 2 della direttiva);

l) poiché la condotta tenuta dall'imputato si è svolta in grossa parte prima che spirasse il termine riservato allo Stato italiano per l'adeguamento alla direttiva della normativa interna, ma si è protratta anche dopo, per quanto concerne quest'ultima parte si sarebbe in presenza di una condotta perfettamente lecita in quanto l'art. 14 comma 5-*quater* non sarebbe più "*applicabile alla fattispecie in oggetto per contrasto con norme della direttiva comunitaria dotate di effetto diretto*", mentre per quanto riguarda la parte precedente deve venire in considerazione il disposto dell'art. 2 comma 2 del codice penale secondo cui "*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato*". Con la conseguenza che

l'imputato – secondo il Tribunale – deve essere assolto perché il fatto da lui commesso non è più previsto dalla legge come reato.

3. Ritiene questo ufficio che le argomentazioni e le conclusioni cui è giunto il Tribunale siano profondamente errate non essendo condivisibili molti dei passaggi attraverso cui si è articolato il suo ragionamento.

Peraltro, dato che il punto nodale di tutto il discorso si appunta sulla direttiva 115/08/CE, val la pena di fare una premessa sugli scopi della stessa quali si desumono sia dalle "*considerazioni*" che precedono la disciplina sia dal successivo articolato. Orbene:

a) nella 1° considerazione di parla della necessità di un approccio coerente (da parte degli Stati dell'Unione) in materia di migrazione ed asilo, finalizzato (l'approccio) alla creazione di un regime comune in materia di asilo e di una politica per l'**immigrazione legale** nonché alla **lotta contro l'immigrazione clandestina;**
b) nella 2° considerazione si parla della necessità di sollecitare (gli Stati dell'Unione) ad una "**efficace** politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano **rimpatriate** in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità",
c) nella 4° considerazione si afferma che "occorrono norme chiare, trasparenti ed eque per definire una politica di **rimpatrio efficace** quale elemento necessario di una **politica d'immigrazione correttamente gestita";**
d) nella 6° considerazione si sottolinea l'opportunità "che gli Stati membri provvedano a **por fine** al soggiorno irregolare di paesi terzi secondo una procedura equa e trasparente";
e) nella 8° considerazione "si riconosce che è legittimo che gli Stati membri procedano al **rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare,** purchè esistano regimi in materia di asilo equi ed efficienti…";
f) nella 10° considerazione si dice che "**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";
g) nella 14° considerazione si sottolinea che "occorre conferire una dimensione europea agli effetti delle misure nazionali di **rimpatrio** istituendo un **divieto di ingresso** che proibisca l'ingresso ed il soggiorno nel territorio di **tutti gli Stati membri**...".

Passando poi all'articolato, ed a prescindere dalle disposizioni che appaiono come mera trasposizione delle "*considerazioni preliminari*", appaiono di particolare significato, per questo Ufficio, le norme che seguono:

a) il 3° paragrafo dell'art. 3 secondo cui "*la presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica,* ***purchè compatibili***

con le norme in essa stabilite" (di qui la conseguenza – ad avviso di questo Ufficio – che dovrebbe considerarsi incompatibile e dovrebbe perciò essere disapplicata una disciplina interna più favorevole che non permettesse di raggiungere gli scopi che la direttiva stessa si prefigge e che sopra sono stati indicati nelle "*considerazioni*");

b) il 1° paragrafo dell'art. 6 secondo cui "*gli Stati membri* ***adottano*** *una decisione di* ***rimpatrio*** *nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi da 2 a 5*". Tale disposizione, che è formulata in modo perentorio ("gli Stati **adottano**"), sta chiaramente a significare che, secondo la Comunità europea, gli Stati non possono e non debbono seguire una politica di tolleranza nei confronti del fenomeno della immigrazione clandestina (contro cui anzi si impegnano a "**lottare**") e della permanenza irregolare, ma hanno solo una alternativa: o ripristinare l'osservanza delle regole attraverso il ***rimpatrio*** dei cittadini di paesi terzi irregolarmente soggiornanti sul territorio ovvero regolarizzare la loro posizione con dei permessi di soggiorno (per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura: art. 6 paragrafo 4). Quel che però bisogna ottenere, secondo la Comunità europea, è il ripristino delle regole.

c) Il 6° paragrafo dell'art. 6 secondo cui "*la presente direttiva non osta a che gli Stati membri decidano di* ***porre fine al soggiorno regolare*** *e dispongano contestualmente il rimpatrio e/o l'allontanamento e/o il divieto d'ingresso in un'unica decisione o atto amministrativo o giudiziario in conformità della legislazione nazionale, fatte salve le garanzie procedurali previste nel capo III e da altre pertinenti disposizioni del diritto comunitario e nazionale"*. Ne discende, come si vede, un'amplissima discrezionalità di ogni Stato membro addirittura in ordine alla possibilità di porre termine autoritativamente ad uno stato di **soggiorno regolare** nel territorio dello Stato da parte di cittadini di paesi terzi.

d) Il 1° ed il 4° paragrafo dell'art. 7 secondo cui "*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...4*** *(il quale paragrafo prevede che gli Stati possano anche astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni "****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"****). Si aggiunga che il secondo periodo del primo paragrafo ammette la possibilità che gli Stati membri possano prevedere "***nella legislazione nazionale"*** che il periodo accordato per il rimpatrio "***sia concesso unicamente su richiesta del cittadino***" del paese terzo interessato; ed il 3° paragrafo aggiunge che "*per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti obblighi diretti ad 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". Trattasi di normativa da cui si vede chiaramente come il termine di "sette giorni" sia tutt'altro che un termine rigido, potendo – pur quando previsto - essere escluso in determinati casi e addirittura essere previsto solo a domanda dell'interessato (essendo peraltro non contemplato in via normale). Anche qui quindi siamo di fronte ad una amplissima discrezionalità da parte degli Stati membri; ma quel che è ancora più significativo - a dimostrazione che lo scopo della direttiva è quello di ottenere comunque il rimpatrio degli "irregolari" – è la possibilità di imposizione degli obblighi sopra indicati per la durata del termine per il rimpatrio e ciò proprio perchè la Comunità europea vuole che ci siano delle garanzie di rimpatrio **effettivo** (che rappresenta il fine ultimo perseguito dalla direttiva);

e) Il paragrafo 1° dell'art. 8 secondo cui "*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'art. 7 paragrafo 4 o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'art. 7* ". Se ne trae la conclusione che, secondo la Corte europea, quel che è l'obbiettivo primario della Comunità europea è non solo l'emissione del provvedimento di rimpatrio o di allontanamento ma la loro **effettiva esecuzione.**

f) L'art. 11 che rafforza il concetto di cui sopra **imponendo** agli Stati membri di "*corredare*" le decisioni di rimpatrio con un divieto di ingresso per tutti coloro a cui non è stato concesso un periodo per la partenza volontaria e per coloro che non abbiano ottemperato all'obbligo di rimpatrio.

Risulta allora chiaro, almeno per questo Ufficio, che lo scopo primario della direttiva è quello di ottenere, prima di ogni altra cosa, l'osservanza delle regole in materia di immigrazione, con un politica che assicuri che **si ponga fine** alla situazione di **permanenza illegale,** nel territorio di uno degli Stati membri, di cittadini di paesi terzi, fatti ovviamente salvi i casi dei rifugiati e di coloro che possono usufruire del diritto di asilo. Ma per quelli che la Corte costituzionale chiama i "*migranti economici*" l'obbiettivo che si pone la direttiva è quello di ottenere una politica **efficace** che imponga il rispetto delle regole e ripristini lo *status quo ante* con il **rimpatrio volontario o coatto** di chi si trova in situazione di illegalità o irregolarità.

Ed è solo dopo aver stabilito, nel capo I e nel capo II della direttiva (quest'ultimo essendo molto significativamente intitolato: "**FINE DEL SOGGIORNO IRREGOLARE**") che la normativa comunitaria passa a trattare, al capo III, di quelle "**GARANZIE PROCEDURALI"** che devono accompagnare l'**effettuazione** del rimpatrio e che sono e debbono essere in sintonia con quel fine, e quindi nel rispetto della dignità e dei diritti fondamentali della persona ma che non

possono essere interpretate in modo da confliggere con quella finalità, svuotandola di possibilità di attuazione.

E' allora francamente stupefacente che, in nome della direttiva comunitaria, la sentenza del Tribunale di Torino (e quelle analoghe che si sono pronunciate nello stesso senso) finisca per far conseguire allo Stato (e all'Unione europea) il risultato esattamente opposto a quello perseguito dalla direttiva stessa, perché in definitiva viene a far cadere (disapplicandole) proprie quelle norme dell'ordinamento che sono state concepite, volute ed emanate proprio per ottenere quel risultato. E ciò dovrebbe far molto riflettere, già in partenza, sulla validità delle singole argomentazioni e del ragionamento complessivo.

A proposito del quale, val la pena di osservare come l'affermata incompatibilità tra la normativa penale del nostro ordinamento e la direttiva comunitaria venga affermata nello stesso momento in cui (con manifesta illogicità e contrarietà di motivazione) si riconosce che "*la direttiva non vieta espressamente allo stato membro di prevedere come reato l'inosservanza da parte del cittadino di paese terzo della decisione di rimpatrio (art. 6 direttiva) o del successivo ordine di allontanamento (art. 8 direttiva)*". Vi è però da aggiungere che non solo la direttiva non pone questo divieto ma neppure avrebbe potuto farlo, dal momento che, prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le istituzioni comunitarie non avevano competenza ad emanare atti dotati di diretta efficacia penale nell'ordinamento dello Stato membro (come regolamenti o direttive autoapplicative). E la direttiva 115/08 è antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Né la sentenza del tribunale di Torino (contro cui qui si fa ricorso) sostiene che la direttiva comunitaria, ritenuta direttamente efficace in altro ambito (diverso da quello penale e cioè in quello amministrativo), finisca per incidere sulla norma penale interna in quanto, essendovi nella fattispecie penale interna degli elementi normativi di fattispecie, per definire e qualificare questi ultimi (ad es. come legittimi o illegittimi), sarebbe necessario far riferimento ad altre norme extrapenali in relazione alle quali ben è possibile che intervenga (e sarebbe intervenuta) una norma comunitaria direttamente efficace, con tutte le conseguenze che ne possono derivare e che in altre decisioni ne sono state fatte derivare. E' questo ad esempio l'argomento di chi ritiene che, per effetto della direttiva comunitaria, sia diventato illegittimo l'ordine di allontanamento del Questore con la conseguenza che la sua violazione più non costituirebbe reato. Secondo questo ufficio anche questo ordine di idee non sarebbe e non è da condividere. Ma l'argomentare del Tribunale di Torino si muove su un altro piano ed è molto più drastico, in quanto sostiene che l'incompatibilità della normativa penale prevista dall'art. 14 comma 5 ter e 5 quater deriva, in buona sostanza, dal fatto che la sanzione penale (reclusione) contemplata per l'inottemperanza al primo o al secondo ordine di allontanamento del Questore (che arriva in un caso fino a quattro e nell'altro fino a 5 anni di reclusione) è nettamente superiore alla durata massima della misura del "*trattenimento*" prevista dall'art. 15 della direttiva 115/08. Con il che però il tribunale finisce per equiparare (e fare equiparare dalla direttiva) la pena (che è una sanzione penale derivante dalla accertata commissione di un reato) con una misura amministrativa basata sul diverso presupposto di una accertata situazione di fatto che

– indipendentemente dal fatto che costituisca o meno reato – deve essere rimossa attraverso un, volontario o coatto, "*rimpatrio efficace quale elemento necessario di una politica d'immigrazione correttamente gestita*". Ma soprattutto mostra di ritenere possibile (ed avvenuta) una diretta efficacia della normativa comunitaria, prima ancora della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in campo penale; cosa che, per quanto si è detto, sicuramente non era nelle intenzioni del legislatore comunitario non solo perché non ne avrebbe avuto né titolo né possibilità, ma perché dal testo stesso della direttiva si ricava l'estrema attenzione dell'organismo comunitario a non invadere minimamente la sfera penale. Tanto è vero che l'art. 2 paragrafo 2 ha cura di precisare che "*gli Stati membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di paesi terzi:…b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale…*". Se si considera che, da un punto di vista sostanziale, un rimpatrio è un rimpatrio sia se e quando lo si qualifica come pena (o sanzione penale principale), sia se e quando lo si qualifica come misura di sicurezza o pena accessoria, sia se e quando la si considera come misura amministrativa, nulla vieterebbe (e nulla vieta) un'unica disciplina concernente la sua esecuzione. Ecco allora che la certosina puntualizzazione contenuta nell'art. 2 della direttiva non può avere altra ragione se non quella di tenersi rigorosamente e rigidamente al di fuori di qualsiasi incidenza sul campo penale. A questo punto dichiarare l'incompatibilità di una normativa penale (per l'entità della pena) con una normativa che di pena non si può, non si deve e non si vuole occupare, appare davvero una forzatura non consentita né dall'ordinamento comunitario né dall'ordinamento costituzionale interno.

In altre parole: la direttiva comunitaria ha riferimento esclusivamente al rimpatrio come misura amministrativa che può essere adottata dagli Stati membri; l'art. 14 commi 5-*ter* e 5-*quater* si occupa dei reati e delle sanzioni penali nascenti dall'inottemperanza agli ordini di allontanamento del Questore. Le due discipline si muovono su piani diversi. Tanto è vero che, in sede di esecuzione penale, a nessuno è ancora finora venuto in mente di calcolare nel "presofferto" il periodo in cui un soggetto condannato è stato "trattenuto" (per accertamento di identità o in attesa dello svolgimento delle procedure per il rimpatrio o l'allontanamento) presso gli uffici di Questura o gli appositi centri di permanenza temporanea o in qualsiasi altro posto.

Val qui la pena di aggiungere, che nel pieno rispetto della normativa comunitaria, ben sarebbe possibile che il perseguimento del rimpatrio del cittadino irregolare di paese terzo venisse perseguito da uno Stato membro anche non prevedendo affatto una procedura di rimpatrio coattivo ma esclusivamente facendo affidamento sul rimpatrio volontario e sulla normativa penale che sanzionasse penalmente la mancata esecuzione dell'ordine di rimpatrio dell'autorità statale. Tenuto conto delle difficoltà e dei costi del rimpatrio forzoso, uno Stato ben potrebbe limitarsi a prevedere solo il rimpatrio volontario, facendo affidamento sulla efficacia deterrente della sanzione penale (che evidentemente – per conseguire il risultato - dovrebbe essere di entità tale da essere effettivamente dissuasiva). E, del resto, le pene previste dai commi 5 *ter e 5 quater* sono state concepite in funzione non del

"rimpatrio coatto" (come invece potrebbe sostenersi ed è stato giustamente sostenuto per la norma di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 che infatti prevede addirittura solo un reato contravvenzionale per lo straniero che, **senza essersi reso e rendersi inottemperante ad un ordine di allontanamento del Questore**, "*fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del... testo unico* di cui al D.l.vo 25 luglio 1998, n. 286)...") ma del "rimpatrio volontario". In altre parole: lo Stato italiano ha previsto una forte (sopratutto nei massimi edittali, che in concreto non si sono mai applicati) pena per la violazione dell'ordine di allontanamento del Questore proprio perchè ha ritenuto –a torto o a ragione – che l'entità di tale pena favorisse sia il non-ingresso clandestino sia il rimpatrio volontario del soggiornante irregolare. La riprova del raggiungimento di tale risultato ovviamente non la si avrà mai perchè naturalmente nessuno può dire se, in assenza di questa disciplina, il fenomeno dell'ingresso clandestino e della permanenza irregolare sarebbe stato molto più consistente o no; ma certo è che questa disciplina rappresenta lo strumento assolutamente adottato dallo Stato per ottenere quel rimpatrio volontario che rappresenta la massima aspirazione del legislatore comunitario. Far cadere quello strumento, e farlo cadere sulla base di una pretesa incompatibilità con la normativa comunitaria, significa far avere a quest'ultima...***il danno e le beffe***[1]**.**

3. Tanto premesso, va subito osservato che – anche restando nell'ambito puramente amministrativo – la direttiva comunitaria non appare affatto self-executing, nè in radicale e insanabile contrasto con la normativa interna ed in particolare con quella prevista dall'art. 14 commi 5 ter e quater (e anche 14 comma 5-bis) sì da determinarne una caducazione (tramite disapplicazione nei casi concreti). Al contrario, è ben possibile integrare le due normative, per quanto concerne i possibili aspetti pretesamene confliggenti, attraverso quella interpretazione adeguatrice o "conforme" ai "principi" (costituzionali o comunitari) che sia da dottrina che da giurisprudenza, tanto costituzionale quanto comunitaria, è sempre stata indicata come la prima via da percorrere prima di arrivare a soluzioni così drastiche come quelle cui è pervenuto in Tribunale di Torino.

   Vale allora la pena di rilevare come, per quanto concerne il preteso contrasto, non sia affatto vero che lo stesso sia, come afferma il Tribunale, "*a dir poco lampante*". E sopratutto non è lampante per quanto concerne il disposto dell'art. 14

[1] Giustamente è stato osservato in dottrina (EPIDENDIO) che "*il meccanismo presupposto dall'incriminazione ex art. 14 è un meccanismo fondato proprio sulla partenza volontaria, come espressamente stabilito dalla direttiva e lo spazio lasciato allo Stato (in forza dell'art. 8 della direttiva comunitaria) per l'adozione di tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio dopo l'omesso allontanamento volontario, deve ritenersi in ogni caso tale da legittimare pienamente la previsione di un delitto come l'art. 14 cit. che, attraverso la minaccia di sanzioni penali per il soggetto inottemperante, favorisce indubbiamente tale allontanamento volontario. D'altro canto la previsione di simili misure dimostra, altresì, come lo stesso legislatore comunitario distingua nettamente le privazioni della libertà personale finalizzate all'espulsione coatta dalle privazioni della libertà personale stabilite come punizione per inottemperanza all'allontanamento volontario (fatte salve, appunto, dall'art. 8 delle direttiva), con* ***conseguente impossibilità di utilizzare, ai fini della concretizzazione del principio fondamentale di proporzionalità della pena*** *(ritenuto ripetutamente non violato dalla nostra Corte costituzionale nei precedenti scrutini di costituzionalità),* ***la durata della restrizione della libertà per l'esecuzione coattiva dell'espulsione*** *(già stabilita dalla legge interna, in un periodo nettamente inferiore a quello massimo previsto dalla direttiva)*"

commi 5-bis, 5-ter e 5 quater d.l.vo 286/98: lo è tanto poco che il Tribunale, per sostenerlo, è costretto a ricorrere alla disciplina dell'art. 13 comma 4 e dell'art. 14 comma 1, che prevedono effettivamente l'accompagnamento forzoso dello straniero alla frontiera e l'affidamento ad un vettore prima ed indipendentemente da qualsiasi procedura di rimpatrio (anche solo tentato) volontario. Ma la disciplina dell'art. 14 commi 5- ter e 5-quater è quella che ha come suo presupposto da un lato il tentativo di "*rimpatrio volontario*" e dall'altro la inottemperanza all'ordine di allontanamento **volontario** del Questore. L'unica vera differenza con la disciplina comunitaria è rappresentata dal termine concesso per l'allontanamento che, nei casi ordinari, per l'art. 7 della direttiva è compreso tra i sette ed i trenta giorni e per l'art. 14 **–***bis* è invece di soli cinque giorni. Ma basta questa differenza per arrivare alla conclusione che le due discipline sono assolutamente incompatibili[2]? Non è possibile una "interpretazione conforme" che, per questo aspetto (ed unicamente per questo aspetto) , adegui la normativa interna a quella comunitaria in modo da far ritenere che in realtà il termine da considerare sia sempre almeno quello di sette? Di modo che si possa ritenere non violato l'ordine se la violazione dell'obbligo di rimpatrio è stata accertata tra il sesto ed il settimo giorno? E questo tanto per il presente che per il passato, dove del resto non risulta mai successo (e men che meno nel caso oggetto della decisione del Tribunale) che l'arrestato sia stato colto in flagrante violazione dell'obbligo di rimpatrio al sesto giorno. O vogliamo credere e far credere che l'imputato arrestato a mesi di distanza dal primo e magari anche dal secondo ordine di allontanamento, avrebbe osservato l'ordine se invece di esserci scritto cinque ci fosse stato scritto sette? Francamente, se nella interpretazione delle norme, nella loro comparazione e confronto, nella valutazione della loro "incompatibilità" vi è ancora un residuo spazio per il buon senso, non vi è dubbio allora che la soluzione non può che essere quella che sopra si è adombrata, e cioè di una "interpretazione conforme". E quindi – ad avviso di questo ufficio – non vi è nessuna incompatibilità tra le norme di cui all'art. 14 commi 5 ter e 5 quater e la disciplina di cui alla direttiva 115/2008/CE. In ogni caso, poichè la disciplina della direttiva ha unicamente riferimento alla procedura amministrativa di rimpatrio al massimo dovrebbero ritenersi caducate le norme interne che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi e non quelle che prevedono delle sanzioni penali per l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore.

4. Ed infine, *last but not least*, e anche a prescindere da ulteriori considerazioni circa la natura delle direttive comunitarie (che fissano gli obbiettivi, gli scopi ed i "principi" da perseguire ma non sarebbero vincolanti sui mezzi e che quindi avrebbero sempre una natura "defettibile" che non ne consentirebbe la disapplicazione), pare al sottoscritto francamente non sostenibile il carattere *self executing* della direttiva, quanto meno (ma non solo) nella parte *de qua.* Ed infatti, posto che per rivestire il carattere self executing, una direttiva deve essere chiara (e cioè non ambigua od

[2] Ed invero guai se ogni minima differenza di disciplina determinasse "incompatibilità".

equivoca), precisa (e cioè tale da non necessitare di ulteriori interventi per poter essere applicata) e incondizionata (e cioè tale da non essere sottoposta a condizioni per poter essere applicata), pare a questo ufficio che tutto possa dirsi della stessa tranne che non necessiti di ulteriori interventi normativi per poter essere applicata e, sopratutto, per poter essere applicata al posto di quella nazionale, ritenuta con essa incompatibile.

Si consideri al riguardo:

1) la normativa comunitaria si limita a esprimere una **preferenza** per il rimpatrio volontario rispetto a quello coatto ma non lo impone come dimostrano sia la 10° "considerazione" sia le esplicite deroghe previste dal 4° paragrafo dell'art. 7 sia la previsione che il rimpatrio volontario possa anche essere previsto solo "*ad istanza*" del cittadino interessato. Par difficile negare la necessità di un intervento normativo che effettui in concreto la "scelta" tra le varie opzioni;
2) la normativa comunitaria stabilisce (art. 7 paragrafo 3) che "*per la durata del periodo della partenza volontaria, possono essere imposti obblighi diretti ad evitare il pericolo di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna dei documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo*": ma, come è stato giustamente notato in dottrina, "*non si vede come il Questore possa, sulla sola base della direttiva, creare dal nulla provvedimenti privi di qualsiasi disciplina di dettaglio, quali l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità o di costituire adeguate garanzie finanziarie, ovvero individuare il pericolo di fuga in assenza di parametri* ***legislativi*** *che la stessa direttiva comunitaria ritiene indispensabili*";
3) la normativa comunitaria, per quanto riguarda le "decisioni di rimpatrio", "le decisioni di divieto di ingresso" e "le decisioni di allontanamento" precisa che esse debbono essere adottate in forma scritta, devono essere motivate in fatto ed in diritto (addirittura con alcuni temperamenti relativamente ai motivi in fatto) e devono contenere "*informazioni sui mezzi di ricorso disponibili*" (art. 6 paragrafo 1°) ma nulla dicono circa l'autorità competente ad emanarli, se amministrativa o giudiziaria. Qui è evidentemente necessario rifarsi al legislatore interno che potrà o dovrà stabilire a quale autorità compete questo compito (questo evidentemente nell'ipotesi in cui si ritenga impossibile, per la complessiva incompatibilità dell'intera disciplina nazionale, effettuare l'integrazione delle due discipline);
4) la normativa comunitaria, per quanto riguarda i mezzi di ricorso contro le decisioni di cui al numero precedente, si limita a dire che avverso le stesse "*sono concessi mezzi di ricorso effettivo...o*

per chiederne la revisione dinanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente o a un organo competente composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza" : è evidente che per l'individuazione di questi mezzi e di questi organi competenti non può che farsi riferimento alla normativa nazionale;

5) la normativa comunitaria prevede che "*l'autorità o l'organo menzionati al paragrafo 1 hanno la facoltà di rivedere le decisioni connesse al rimpatrio di cui all'art. 12, paragrafo 1, compresa la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione*": difficile pensare che non sia necessaria una normativa nazionale di dettaglio che specifichi i casi e le forme con cui poter effettuare questa revisione;
6) la normativa comunitaria, per quanto riguarda il "trattenimento" (art. 15) prevede, ai paragrafi 5 e 6 che "*ciascun Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi"* ma che questo periodo possa essere prolungato per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi. E' evidente sia che deve essere ciascun Stato a stabilire in concreto quali siano i periodi consentiti di trattenimento e quale il massimo dello stesso al termine di tutte le possibili proroghe; sia che non potrebbe la direttiva in questione ritenersi applicabile, sulla base della presunta incompatibilità delle due discipline (articolo 4 paragrafo 3), anche relativamente al periodo massimo di diciotto mesi che è ben superiore a quello di sei mesi concesso dall'ordinamento interno.

Gli esempi potrebbero continuare e moltiplicarsi. Ma certo resta difficile ritenere che la normativa comunitaria non necessiti di ulteriori interventi normativi per poter essere applicata e che quindi sia *self executing*.

5. Per tutti i motivi sopra esposti ritiene allora il ricorrente che la sentenza del Tribunale di Torino vada cassata ai sensi delle lettere b) e e) dell'art. 606 c.p.p. per erronea applicazione della legge penale e manifesta illogicità della motivazione (nei sensi sopra esplicitati) con conseguente rinvio ad altra Sezione del Tribunale di Torino.

Torino, 9 febbraio 2011

IL PROCURATORE GENERALE
- Marcello MADDALENA –